A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

1089

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S245e Sarlet, Ingo Wolfgang
A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
515 p.; 25 cm.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-9590-025-7

1. Direitos e garantias individuais. 2. Direitos humanos. I. Título.

CDU 342.7

Índices para o catálogo sistemático
Direitos e garantias individuais
Direitos humanos

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo, CRB-10/1507)

Ingo Wolfgang Sarlet

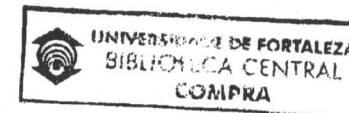
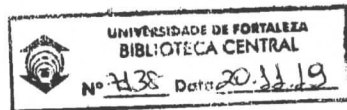
Doutor em Direito da PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade de Munique. Estudos em Nível de Pós-Doutorado nas Universidades de Munique (como bolsista do DAAD), Georgetown e como bolsista do Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique), onde também atua como representante brasileiro e correspondente científico. Professor Titular da PUC/RS e da Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS). Pesquisador visitante na Harvard Law School (2008). Professor visitante (como bolsista do Programa *Erasmus Mundus*, da União Europeia) da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2009). Pesquisador Visitante junto ao Stellenbosch Institute for Advanced Studies (STIAS), em 2011. Pesquisador Destaque FAPERGS (área de humanidades) em 2011. Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012). Foi professor do Mestrado em Direito Constitucional Europeu, Granada. Pesquisador visitante na condição de bolsista do Instituto Max-Planck de Direito Privado Estrangeiro e Internacional, Hamburgo (2017). Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (CNPq). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC/RS. Desembargador do TJRS.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

13ª EDIÇÃO
revista e atualizada

livraria DO ADVOGADO *editora*

Porto Alegre, 2018

Notas prévias à 13ª edição

Tendo em conta que também a décima segunda edição, que remonta o final de 2014, acabou sendo objeto de duas tiragens, bem como considerando a publicação de uma série de títulos novos a respeito de diversos dos tópicos versados na presente obra, para além de algumas novidades na esfera jurisprudencial, com destaque para as decisões em matéria de direitos fundamentais produzidas pelo STF, decidimos investir – novamente sem proceder a alterações substanciais da obra – na atualização das referências bibliográficas, ajustando aqui e ali o conteúdo do texto, mas especialmente buscando afastar mais algumas imperfeições, além de, em outras passagens, deixar mais claro o nosso entendimento. Assim, mais uma vez buscamos reafirmar o nosso respeito pelo leitor e a permanente preocupação com o aperfeiçoamento do trabalho, agradecendo pela contínua receptividade.

Porto Alegre, janeiro de 2018.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Agradecimentos (1ª edição)

Ainda que cada obra científica exija de seu autor um considerável dispêndio de tempo, além de persistência e uma vontade firme e direcionada, isto não significa que tenha sido elaborada sem qualquer tipo de contribuição, direta ou indireta. Também este trabalho não pretende (nem poderia) constituir exceção à regra, razão pela qual se impõe seja rendida a justa homenagem ao expressivo número de pessoas que ofereceram a sua colaboração. Deixar de referi-las nesta oportunidade significaria desconsiderar a importância da contribuição recebida. Uma vez que o trabalho, ainda que de forma meramente parcial, deita raízes na tese de doutoramento por mim escrita ao longo dos anos de 1995 e 1996,[1] não poderia deixar de ressaltar, neste contexto, a figura ímpar de meu orientador, Prof. Dr. Heinrich Scholler, Catedrático de Direito Constitucional, Administrativo e Filosofia do Direito da Universidade de Munique, a quem devo a orientação sempre presente e segura, intelectualmente estimulante e receptiva a posições por vezes divergentes.

Ao estimado mestre e amigo Prof. Dr. Juarez Freitas, que me proporcionou a inestimável honra de prefaciar esta obra, endereço a mais profunda gratidão, tanto pelo fato de ter assumido, desde o início da redação da tese de doutoramento, a coorientação do trabalho (de modo especial, da parte nacional), quanto pelas preciosas sugestões e estímulos, acrescendo-se a sua decisiva contribuição no âmbito de minha trajetória acadêmica. No Desembargador e Prof. Dr. Ruy R. Ruschel, que me acompanha desde que fui seu aluno no curso de pós-graduação em Direito Político na UNISINOS, e que, além disso, integrou a banca examinadora do concurso para professor de direito constitucional nessa Universidade, hoje já decorridos mais de 11 anos, encontrei um interlocutor sempre interessado e incansável na discussão dos

[1] Cumpre referir, a título de esclarecimento, que a tese de doutoramento apresentada em julho de 1996 pelo autor na Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität), versou sobre "A Problemática dos Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Brasileira de 1988 e na Lei Fundamental da Alemanha - um Estudo de Direito Comparado", tendo a arguição oral ocorrido em dezembro de 1996. A tese foi publicada sob o título "Die Problematik der Sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz", pela Editora Peter Lang Verlag, de Frankfurt, Alemanha, em fevereiro de 1997, na série "Escritos Universitários Europeus", com um total de 629 páginas. Na presente obra, além de terem sido excluídos diversos capítulos especificamente ligados ao problema dos direitos fundamentais sociais e do Estado social de Direito, de modo especial na Alemanha, foram incluídos diversos capítulos novos, versando sobre aspectos que não foram abordados na tese. Os demais capítulos da tese foram reformulados substancialmente, procedendo-se, ademais, à inclusão de referências bibliográficas e exemplos extraídos do direito espanhol, além de outras fontes de consulta. Além disso, atualizou-se a bibliografia nacional sobre os temas versados, considerando-se as principais obras surgidas no decorrer do ano de 1997.

originais da tese e desta obra. Ao Desembargador e Prof. Sérgio G. Pereira, expresso o meu reconhecimento pelo tempo dispendido na criteriosa leitura da primeira versão do texto, bem como pelo constante apoio e sugestões recebidas. A todos os mestres nominados, devo o exemplo de grandes professores, intelectuais e, acima de tudo, seres humanos, na mais nobre acepção do termo.

As contribuições recebidas não se limitam, contudo, à esfera da confecção propriamente dita do trabalho escrito. Assim sendo, não poderia deixar de referir aqui o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cujo estímulo e apoio foram decisivos para que a meta do Doutorado, iniciado ainda antes de meu ingresso na Magistratura, pudesse tornar-se realidade. Aos Desembargadores Décio A. Erpen, Milton dos Santos Martins, Adroaldo Furtado Fabrício, Guilherme Castro e Clarindo Favretto, devo a concessão da licença especial para aperfeiçoamento no exterior, bem como o acúmulo de férias regulares sem as quais a realização da pesquisa e a redação da tese, assim como a arguição oral, não teriam sido concretizados. Pela confiança depositada na minha pessoa, sou-lhes profundamente grato, sentimento esse que torno extensivo ao Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, que tenho a honra e o privilégio de integrar.

Porto Alegre, janeiro de 1998.

Abreviaturas

A. E. Pérez Luño, Derechos Humanos	A. E. Pérez Luño, Derechos Humanos, Estudos de Derecho y Constitución, 5ª ed., 1995.
A. Bleckmann. Die Grundrechte	A. Bleckmann. Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4ª ed., 1997.
AJURIS	Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul
AK I e II	R. Wassermann (Org.) Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), vols. I e II, 1989.
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
art.	artigo
BDA	Boletim de Direito Administrativo
BK	R. Dolzer (Org). Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 72. Lieferung, 1994.
BMJ	Boletim do Ministério da Justica
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BverfG und GG II	C. Starck (Org.). Festschrift für das Bundesverfassungsgericht vol. II, 1976, Tübingen.
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht
CF	Constituição Federal Brasileira de 1988
Canotilho. Constituicão Dirigente	J.J.G. Canotilho. Constituicão Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra, 1982.
Canotilho/Moreira. Fundamentos	J.J.G. Canotilho/V. Moreira. Fundamentos da Constituição, Coimbra, 1991.
CDCCP	Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política
CDTFP	Cadernos de Direito Tributário e Financas Públicas
DDC	Documentação e Direito Comparado
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBL	Deutsches Verwaltungsblatt
Cf.	Conforme
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
F. Piovesan. Protecão Judicial	F. Piovesan. Protecão Judicial contra Omissões Legislativas, São Paulo, 1995.
GS	Gedenkschrift.
HbStR I - V - VI - VII	J. Isensee/P. Kirchhof (Org.). Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vols. I , V, VI e VII (1987/1992).
HbVR	E.Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Org) Handbuch des Verfassungsrechts, 1ª ed.. (1983) e 2ª ed. (1994).
inc.	inciso

incs.	incisos
J. Miranda, Manual II-IV	J. Miranda. Manual de Direito Constitucional, vol. II, 2ª ed., Coimbra, 1988, e vol. IV, 2ª ed., Coimbra, 1993.
J. A. da Silva. Aplicabilidade	J. A. da Silva. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2ª ed., São Paulo, 1982.
J. L. Barroso. O Direito Constitucional	J. L. Barroso. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1996.
J. C. S. Gonçalves Loureiro, O Procedimento Administrativo	J. C. S. Gonçalves Loureiro, O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares, Coimbra, 1995.
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jarass/Pieroth	H.D. Jarass/B. Pieroth. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 3ª ed, 1995.
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K. Hesse. Grundzüge	K. Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20ª ed., Heidelberg, 1995.
K. Stern. Staatsrecht I	K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. I, 2ª ed. München, 1984.
K. Stern. Staatsrecht III/1	K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. III/1, München, 1988.
LEX (STF)	Revista de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
Maunz/Dürig/Herzog/Scholz	Maunz/Dürig/herzog/Scholz. Grundgesetz - Kommentar, vols. I, II e III, München, 1994.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Pontes de Miranda, Comentários I, III e IV	Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda nº 1 de 1969), vols. I, III e IV, Rio de Janeiro, 1970 e 1987.
Pieroth/Schlink. Grundrechte	B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 11ª ed., Heidelberg, 1995.
R. Barbosa. Commentários II e V	R. Barbosa. Commentários à Constituicão Federal Brasileira, São Paulo, 1934.
RBEP	Revista Brasileira de Estudos Políticos
RDCCP	Revista de Direito Constitucional e Ciência Política
REP	Revista de Estudios Políticos
RDA	Revista de Direito Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RDP	Revista de Direito Público
Rev.TRT-8 R.	Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região
RF	Revista Forense
RIL	Revista de Informacão Legislativa
RPGESP	Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo
RT	Revista dos Tribunais
RTDP	Revista Trimestral de Direito Público
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
RTST	Revista do Tribunal Superior do Trabalho
ss.	seguintes
par.	parágrafo
Schmidt-Bleibtreu/Klein	B. Schmidt-Bleibreu/F. Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 8ª ed., Neuwied, 1995.
v.	vide (veja)
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
Vieira de Andrade. Os Direitos Fundamentais	J. C. Vieira de Andrade. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, 1987.
von Mangoldt/Klein	H. von Mangoldt/F. Klein. Das Bonner Grundgesetz, vol. I, 3ª ed., München, 1985.
von Münch III	Ingo von Münch (Org.). Grundgesetz-Kommentar, vol. III, 2ª ed., München, 1983.
von Münch/Kunig I	I. von Münch/P. Kunig (Org.) Grundgesetz-Kommentar vol I, 4ª ed., München, 1992.
von Münch/Kunig II	I. von Münch/P. Kunig (Org.) Grundgesetz - Kommentar vol. II, 2ª ed., München, 1993.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Prefácio (1ª edição)

A contínua marcha pelo reconhecimento dos direitos fundamentais é a mesma incessante caminhada no rumo da consolidação dos chamados Estados Democráticos. Neste prisma, os direitos humanos, à proporção em que se fazem reconhecidos, objetiva e positivamente, passam a robustecer o cimento indisponível do próprio Estado, o qual somente experimenta real sentido e autêntica legitimidade quando apto a viabilizar, mormente em situações-limite, a concretização ampliada da dignidade da pessoa. Com efeito, existe imbricação intensa entre o princípio da legitimidade e o resguardo jurídico da pessoa em sua essência, porque, está claro, os princípios fundamentais se constituem mutuamente e jamais devem-se eliminar. É dizer, a preocupação objetiva com a eficácia dos direitos fundamentais identifica-se com aquela de querer, verdadeiramente, respeitado o nosso Estatuto Fundamental, interpretando-o e, em simultânea medida, concretizando-o adequadamente.

Destarte, em face da elevada hierarquia dos valores em tela, mister que toda a interpretação principialista dos direitos fundamentais tome na devida conta o imperativo de lhes conferir e outorgar a máxima aplicabilidade, pois de nada adianta que permaneçam como exortações abstratas ou construções fadadas ao limbo, quiçá numa falsa homenagem à suposta reserva do possível, que, às vezes, apenas revela contumácia na resistência à inclusão de todos os seres humanos no chamado "reino dos fins", isto é, no reino da dignidade, que veda qualquer "reificação".

O livro, que tenho a honra de prefaciar, apresenta-se fiel à aludida procura da máxima aplicabilidade concreta dos direitos fundamentais. Seu autor, nitidamente, almeja contribuir, de modo efetivo e sério, para alcançarmos um patamar superior em termos de eficácia dos mais nobres direitos. Por todos os motivos, merece ser lido com atenção e respeito, por se tratar de jurista que desponta com a excelente promessa de desdobrar e de fazer avançar, criticamente, o estudo do tema pelo qual nutre, mais do que interesse, afeição e zelo. Neste diapasão, convém ressaltar alguns dos méritos do trabalho, que tive a feliz ocasião de acompanhar em todos os seus passos.

Entre os aludidos méritos, avulta, de início, o cuidado de bem examinar o modo pelo qual o nosso sistema constitucional albergou os materialmente abertos direitos fundamentais, enfrentando as graves dificuldades de efetuar um esboço de teoria geral constitucionalmente adequada, que evite, ao mesmo tempo, qualquer reducionismo e a exacerbada ontologização do Direito posto. Ao lado disso, ao desvendar as múltiplas dimensões dos mencionados direitos e após revelar a evolução do processo de positivação dos mesmos, ousou oferecer convincente visão a respeito do alcance do art. 5°, § 2°, da nossa Lei Maior, flagrando a insofismável eleição do conceito

material de direitos fundamentais pelo constituinte originário. Cuidou, outrossim, de prescrever critérios, de certo modo pragmáticos, para emprestar determinação a conceito assaz aberto, sobressaindo, no ponto, a sua abordagem do substancial princípio da dignidade da pessoa, o qual, a meu juízo, transcende, por instâncias do histórico, a proclamada restrição à perspectiva eminentemente estatal.

Ainda: em harmonia com o STF, reconheceu direitos fundamentais situados, por assim dizer, fora do catálogo, conquanto detentores de estatuto constitucional formal. Rejeitou a existência de direitos apenas formalmente fundamentais e, numa louvável postura teleológica, conferiu o devido elastério ao art. 60, § 4°, inc. IV, da Carta, fazendo ver que se encontram, intangivelmente, protegidos todos os direitos e garantias fundamentais, não apenas os individuais. Sublinhou, com a necessária e oportuna ênfase, a vinculação cabal dos Poderes aos direitos fundamentais, assim como tratou de apontar os limites intransponíveis (formais e materiais), cujo respeito faz-se indispensável para que se evitem retrocessos em face de exageros do poder constituinte derivado.

Lamentou, de modo perfeitamente compreensível, a ausência de uma explícita proteção do núcleo essencial dos referidos direitos, similar àquela, em boa hora, alojada no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã. Correto, por igual, ao adotar a avançada postura hermenêutica no sentido de que os direitos fundamentais (expressos ou não escritos) não formam um sistema separado e fechado no contexto da Carta, mas, ao revés, configuram sistema aberto e flexível (admitindo, na mesma linha de Stern, a convergência sistêmica) e demonstrando ter vívida a fecunda noção contemporânea de correlação obrigatória e deontológica entre os princípios e normas (ou regras) e o inafastável substrato valorativo destas e daqueles, posição que supera os antiquados formalismos estritos e adere à angulação imprescindível para quem queira perceber a distância, às vezes abissal, entre o Direito nominal positivo e o mundo palpitante e complexo da vida.

Já ao fazer a abordagem das perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, parece-me ter bem enfrentado belíssimo tema, a exigir, no entanto, desdobramentos reflexivos, especialmente no tocante à chamada eficácia irradiante. Idêntica asserção afigura-se cabível no pertinente à multifuncionalidade dos direitos e à suposta atualidade da posição de Jellinek e de sua doutrina dos quatro *status*, convindo, a esse respeito, aprofundar a crítica formulada por Hesse e repensar, ainda mais, o *status activus*, espartilhado que restou no rol dos chamados direitos de defesa. Em contrapartida, registre-se que, embora sumária, a apresentação das diversas categorias de direitos individualmente considerados é das mais claras e instigantes das encontráveis na literatura nacional.

De sua vez, sua proposta de definição dos direitos fundamentais, afinada parcialmente com a de Alexy, apresenta o persuasivo mérito de agasalhar, com igual ênfase, a fundamentalidade, seja sob o aspecto formal, seja pelo prisma material mais promissor. Afinal, como salientou Paulo Bonavides, em estudo memorável sobre a interpretação dos direitos fundamentais, são esses direitos a Constituição mesma em seu máximo teor de materialidade. Justamente consoante tal ordem de considerações, parece lícito asseverar que, à base do conceito esposado, toda discrição, pública ou privada, haverá de estar juridicamente vinculada, formal e materialmente, aos direitos fundamentais, ao menos em sistemas jurídicos democráticos, abertos e unitários.

Adentrando na temática de fundo, o autor resolveu aderir à concepção clássica (por assim dizer) de eficácia jurídica, em que pese sua aparente resposta pluralista às perplexidades e matizações trazidas pela defasagem entre o positivado e o que resta a ser construído em matéria de direitos fundamentais. Sem embargo, fez consistente e valiosa interpretação do art. 5°, § 1°, da Lei Maior, de sorte a realçar o significado e a extensão da aplicabilidade imediata, sempre no desiderato de imprimir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Nesta vertente, sobe de ponto o seu estudo a propósito dos direitos sociais constitucionais e o concernente aos limites da reserva do possível, assim como merece destaque o tratamento seguro que oferece à vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais (não apenas por desvendá-los, mas por constituí-los, decisiva e prudentemente), bem como à denominada eficácia privada ou horizontal e, também, à proteção contra a eventual ação corrosiva protagonizada pelo constituinte derivado. Em todos os casos, evidente o espaço reservado, conscientemente, para ulteriores meditações, dada a clareza quanto à alta significação da matéria, notadamente a que envolve as limitações formais e materiais (inclusive implícitas) à reforma e a discussão a respeito do conceito de núcleo essencial, a requerer, por certo, a densificação de reflexões atentas à interpenetração de assuntos correlatos, tais como o neocontratualismo e a temática da justiça, que fugiriam à acertada limitação metodológica da presente obra, contudo já suficientemente notável e imponente, inclusive pelo que, de modo deliberado, estimula e sugere em termos de desenvolvimento futuro dos temas enfrentados.

Por tudo, neste momento em que redirecionamos o olhar, em tons comemorativos e inquietantes, para a Declaração Universal de 1948, urge que tenhamos a convicção – fortalecida pela leitura deste trabalho – de que a igualdade em dignidade e direitos segue, mais do que nunca, como algo a ser edificado. Trata-se, sem dúvida, de uma meta suprema, que consiste em alcançarmos, corajosamente e sem escapismos, uma lídima maioridade civilizatória, na qual devemos seguir depositando nossas melhores esperanças. Em outras palavras, a eficácia dos direitos fundamentais apresenta-se como o mais inadiável e portentoso dos desafios, em especial para os que assimilaram a cidadania como direito a ter direitos (H. Arendt), mas, acima de tudo, como direito a ter direitos intangíveis.

Neste contexto, o livro do eminente colega Dr. Ingo Sarlet, sem cair numa postura irracionalmente decisionista, vem prestar uma relevante e benfazeja contribuição para que se instaure, entre nós, um clima de diálogo realizador e produtivo entre aqueles que, lidadores com o *living law*, anelam, de fato e de direito, promover marcantes e profundos avanços éticos e humanitários. Oxalá alcance realizar tal superior desígnio e sirva para despertar ou fomentar as consciências para a grandeza e para a urgência do referido desafio de guarnecer e viabilizar, expansivamente, os direitos fundamentais, no intuito de, vez por todas, lançarmos os alicerces dinâmicos de um milênio sem a crueldade e o inusitado barbarismo que foram lamentáveis tônicas e constantes no ciclo que ora finda. Um novo milênio em que se conquiste o pleno florescimento de nossa fundamental dignidade, aquela que, quando respeitada, faz, de todos e de cada um, os verdadeiros e únicos legitimadores do Direito Positivo. Enfim, um milênio no qual possamos nos sentir em casa, ainda neste mundo.

Prof. Dr. Juarez Freitas
Professor do Mestrado de Direito da PUC/RS,
de Direito Administrativo da UFRGS
e da Escola Superior da Magistratura-AJURIS.

Sumário

Notas introdutórias

Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração no âmbito do direito constitucional e do assim chamado direito internacional dos direitos humanos. Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições. Todavia, em que pese este inquestionável progresso na esfera da sua positivação e toda a evolução ocorrida no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais, representado pelo esquema das diversas dimensões (ou gerações) de direitos, que atua como indicativo seguro de sua mutabilidade histórica, percebe-se que, mesmo hoje, no limiar do terceiro milênio e em plena era tecnológica, longe estamos de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita.

Nesse contexto, segue particularmente agudo o perene problema da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, de modo especial em face do ainda não superado (pelo contrário, em partes do Planeta, cada vez mais agudo) fosso entre ricos e pobres.[2] Além disso, há que lembrar as agressões ao meio ambiente, as manipulações genéticas, os riscos da informática e cibernética e a fragilidade da paz em se considerando os "progressos" da indústria bélica, notadamente no campo das armas nucleares e químicas, mas também dos recentes desenvolvimentos na esfera da robótica e da "guerra informática", bem como os desafios da inteligência artificial e tecnologias da informação de um modo geral. Não menos gravosos, assumem relevo os problemas ocasionados pela crescente instabilidade social e econômica e pelos fanatismos de cunho religioso e político. Paradoxal (mas compreensivelmente), em muitos países que consagraram formalmente um extenso rol de direitos fundamentais, esses seguem tendo o seu menor grau de efetivação. Cumpre referir, por oportuna, a advertência (ainda atual) de Pierre-Henri Imbert, Diretor de Direitos Humanos do Conselho Europeu, apontando para a simultânea multiplicação dos tratados e mecanismos destinados à proteção dos direitos fundamentais, e o paralelo recrudescimento de suas violações, de tal sorte que, por ocasião da Conferência de Viena, recordou-se que mais da metade

[2] É desse fosso entre ricos e pobres que nos fala E. Hobsbawm, *A Era dos Extremos*, p. 540, salientando-se, a esse respeito, que, no que diz com os reflexos para a problemática da efetivação dos direitos fundamentais, o abismo da diferença econômica não se refere apenas à divisão entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, mas também às gritantes diferenças econômicas entre as classes alta e baixa, como resultado da injusta distribuição de renda no âmbito da economia interna dos países em desenvolvimento.

da população mundial se encontrava privada de seus direitos fundamentais.[3] A propósito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em que pesem os notáveis avanços a que se chegou desde que foi proclamada, em 10 de dezembro de 1948, ainda constitui mais esperança que realidade para a maior parte dos seres humanos. Já por esse motivo, a preocupação com o estudo dos diversos problemas que são inerentes aos direitos fundamentais representa, por mais modesto que seja o seu resultado, uma atitude concreta na busca de sua superação.

O estudo dos direitos fundamentais implica, contudo, necessariamente, uma tomada de posição quanto ao enfoque adotado, bem como no que diz com o método de trabalho. Há que optar por uma (ou algumas) das múltiplas possibilidades que se oferecem aos que pretendem se dedicar ao enfrentamento de tão vasto e relevante universo temático. Nesse sentido, podemos tomar como ponto de partida a lição do jurista lusitano Vieira de Andrade, ao referir que os direitos fundamentais podem ser abordados a partir de diversas perspectivas, dentre as quais enumera três: a) perspectiva filosófica (ou jusnaturalista, para o autor), que cuida do estudo dos direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares; b) perspectiva universalista (ou internacionalista), como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo; c) e perspectiva estatal (ou constitucional), pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar.[4] Cumpre lembrar, todavia, que a tríade referida por Vieira de Andrade não esgota o elenco de perspectivas a partir das quais se pode enfrentar a temática dos direitos fundamentais, já que não se pode desconsiderar a importância, ainda mais nos tempos atuais, das perspectivas sociológica, histórica, filosófica (de longe não limitada e identificada com o jusnaturalismo), ética (como desdobramento da filosófica), política e econômica, apenas para citar as mais relevantes. Cada um desses enfoques, ainda que isoladamente considerados, suscita uma enorme gama de aspectos e problemas específicos passíveis de análise. Vale dizer que, também nesta seara, os únicos limites residem, em última análise, no alcance da criatividade e da imaginação humanas e no universo de abordagens que esta pode gerar.

Sem perder de vista a necessária interpenetração entre as diversas perspectivas referidas e desde já reconhecida a relevância de todas elas, optamos por centrar nossa atenção na dimensão concreta dos direitos fundamentais, tais quais se encontram plasmados na órbita do direito constitucional positivo (perspectiva estatal, portanto), com ênfase particular no Direito pátrio. Em suma, o que se pretende neste estudo é estabelecer uma relação mais próxima com algumas das principais questões relativas à problemática dos direitos fundamentais na nossa Constituição.

Muito embora a obra tenha tido o seu foco inicial voltado ao problema da eficácia dos direitos fundamentais na nossa ordem constitucional (que segue sendo versada na segunda parte), o texto contempla, mormente mediante os diversos ajustes e inserções efetuados ao longo do tempo, o que se poderia denominar de elementos de uma teoria geral constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se cuida de aspectos essenciais ao deslinde da própria problemática

[3] Cf. P.-H. Imbert, *in:* A.E. Pérez Luño (Org). *Derechos Humanos y Constitucionalismo Ante el Tercer Milenio*, p. 77.

[4] Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 11 e ss.

da eficácia (e da efetividade) dos direitos fundamentais, como o leitor terá oportunidade de perceber mediante uma leitura transversal do sumário.

No que diz com o método utilizado, perceberá o leitor explícita predileção pelo recurso ao direito (constitucional) comparado, cuja importância chega a ser tal nos dias atuais que há quem o considere até mesmo autêntico método de interpretação (Peter Häberle). Se isto já se justifica relativamente a qualquer ramo da ciência jurídica, assume caráter virtualmente cogente na esfera do direito constitucional, no qual cada vez mais trabalhamos com categorias de cunho universal (Constituição, Estado, poder, governo, constitucionalidade e inconstitucionalidade, direitos fundamentais, proporcionalidade, etc.), sustentando-se até mesmo a existência de um direito constitucional internacional. Particularmente, é no campo dos direitos fundamentais (ou humanos) que esta universalização se manifesta ainda com maior intensidade, seja em virtude da relevância que a matéria alcançou no âmbito do direito internacional, de modo especial, de cunho convencional (e, por sua vez, dos reflexos na ordem interna), seja em virtude da forte influência do direito constitucional positivo, da doutrina e jurisprudência de uns Estados sobre os outros. Cuidando-se, consoante já salientado, de obra centrada na perspectiva constitucional (estatal), buscamos priorizar as fontes de direito comparado que mais diretamente influenciaram, não apenas o nosso constituinte, mas principalmente a nossa ciência jurídica.

Nesse contexto, de modo especial no que diz com os direitos fundamentais, inquestionável a nossa parcial aproximação aos modelos lusitano e espanhol, ambos, por sua vez, marcados pelos influxos da doutrina e da jurisprudência constitucionais de matriz germânica. Categorias como as do Estado de Direito, Estado Social, "cláusulas pétreas", controle abstrato de constitucionalidade, perspectiva jurídico-objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade, concordância prática, aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, assim como o próprio conceito e classificação dos direitos fundamentais não poderiam hoje, dentre outras categorias, ser analisadas sem que se fizesse uma referência à doutrina germânica. Além disso, a priorização das fontes citadas (além da vertente alemã), notadamente (mas não exclusivamente) portuguesa e espanhola, encontra respaldo na própria aproximação entre tais ordens constitucionais e a brasileira, particularmente no campo dos direitos fundamentais, ainda que se registrem distinções dignas de nota, as quais serão oportunamente analisadas. No que tange à jurisprudência citada (e isso se aplica também às fontes nacionais), restringimo-nos a buscar, na medida do possível, arestos das Cortes Constitucionais de cada Estado, pois a elas cabe, em última análise e prioritariamente (ainda que não de forma exclusiva), a interpretação e o desenvolvimento do direito constitucional, priorizando, visto que se cuida de uma perspectiva constitucionalmente centrada no direito brasileiro, as decisões do Supremo Tribunal Federal.

O que se pretende com o recurso ao direito comparado – e isto convém seja aqui ressaltado – não é em hipótese alguma a importação direta de dispositivos constitucionais ou mesmo de concepções jurisprudenciais e doutrinárias alienígenas, mas sim, a reavaliação de algumas posições pátrias habituais e, por vezes, deslocadas ou desatualizadas, bem como a análise da viabilidade da recepção (obviamente filtrada pelo nosso direito constitucional positivo e seu respectivo contexto) de categorias dogmático-jurídicas já tradicionalmente aceitas na maior parte dos países desenvolvidos

e que, a despeito de sua inequívoca relevância e do interesse que deveriam suscitar também entre nós, continuam sendo em parte desconhecidas ou então subestimadas, em parte, contudo, carentes de uma recepção constitucionalmente adequada.

A título de advertência ao leitor, impende destacar que cada item do presente texto encerra aspectos e problemas diversos, todos merecedores de uma análise individualizada e bem mais aprofundada do que aqui pudemos fazer, alguns dos quais haverão de ser objeto não apenas de um reexame futuro no âmbito desta obra, bem como de desenvolvimentos em artigos ou outras monografias. A nossa intenção – e outra não poderia ser tendo em vista a abrangência do tema e a limitação física desta obra – foi a de lançar algumas considerações que possam contribuir para o aprofundamento do debate e auxiliar na busca de uma cultura jurídica nacional constitucionalmente adequada, mas sempre afinada com a evolução internacional na fascinante trajetória em busca da afirmação e efetivação dos direitos fundamentais.

Para finalizar, gostaríamos de fazer uma referência ao imortal poeta Fernando Pessoa, que, em nota preliminar à sua obra *O Eu Profundo e os Outros Eus*, sustenta que o "entendimento dos símbolos e rituais (simbólicos) exige do intérprete cinco qualidades ou condições, sem as quais os símbolos serão para ele mortos e ele um morto para eles".[5] Dentre tais qualidades (são elas a simpatia, a intuição, a inteligência, a compreensão e a graça), destaco uma com a qual tenho a esperança de ser brindado por parte do leitor, qual seja, a simpatia. Que todo aquele que se propuser a ler a presente obra possa debruçar-se sobre ela de espírito receptivo e mente aberta, além de se mostrar disposto a formular as críticas e sugestões que julgar oportunas e pelas quais, desde já, somos profundamente gratos. Se esse livro tiver logrado provocar a reflexão, já poderemos considerar alcançado o nosso objetivo.

[5] Cf. F. Pessoa, *O Eu Profundo e os Outros Eus*, p. 43-4, condições que, salvo melhor juízo, aplicam-se também à leitura e análise de qualquer obra elaborada pelo ser humano, já que tudo, de certa forma, é objeto de constante interpretação.

1ª PARTE

O Sistema dos Direitos Fundamentais na Constituição: delineamentos de uma teoria geral constitucionalmente adequada

1. A problemática da delimitação conceitual e da definição na seara terminológica: a busca de um consenso

A utilização da expressão "direitos fundamentais" no título desta obra já revela, de antemão, a nossa opção na seara terminológica, o que, no entanto, não torna dispensável uma justificação, ainda que sumária, desse ponto de vista, no mínimo pela circunstância de que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais", apenas para referir algumas das mais importantes. Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado,[1] o que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador. Além disso, a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica,[2] utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. Em caráter ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV).

Em primeiro plano, ainda mais em se considerando que o objeto deste trabalho é justamente a análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais à luz do

---

[1] Cf, dentre outros, a advertência de B. M. de Vallejo Fuster, *in*: J. Ballesteros (Ed.), *Derechos Humanos – Concepto, Fundamentos, Sujetos*, p. 42-3. Nesse sentido também a advertência de A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 21 e ss., que – centrando-se no conteúdo e significado da expressão "direito humanos" – alerta para a cada vez maior falta de precisão na utilização desta terminologia, apontando as diferenças entre o seu conteúdo e significado em relação aos outros termos empregados.

[2] Essa a observação – em relação a Constituição Espanhola de 1978 – de L. Martín-Retortillo, *in*: *Derechos Fundamentales y Constitución*, p. 47, e que também se ajusta ao direito constitucional pátrio. Com efeito, entre nós, existe significativa doutrina a apontar e analisar tal diversidade terminológica, para o que remetemos ao recente estudo de V. Brega Filho, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 – Conteúdo Jurídico das Expressões*, p. 65 e ss. Explorando com riqueza essa questão, v. também, J. A. L. Sampaio, *Direitos Fundamentais. Retórica e Historicidade*, p. 7 e segs., bem como, entre outros, A.S. Romita, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 40-46.

direito constitucional positivo, há que levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia (nesse particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos "Direitos e Garantias Fundamentais", consignando-se aqui o fato de que esta expressão – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V). Cumpre salientar, ainda, que tais categorias igualmente englobam as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, de acordo com parâmetros desenvolvidos especialmente na doutrina e na jurisprudência alemãs e recepcionadas pelo direito luso-espanhol, tais como os direitos de defesa (liberdade e igualdade), os direitos de cunho prestacional (incluindo os direitos sociais e políticos na sua dimensão positiva), bem como os direitos-garantia e as garantias institucionais, aspectos que ainda serão objeto de consideração. No que diz com o uso da expressão "direitos fundamentais", de utilização relativamente recente,[3] cumpre lembrar que o nosso Constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo.[4]

Além do argumento ligado ao direito positivo, o qual por si só já bastaria para justificar a nossa opção terminológica, a moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, tem rechaçado progressivamente a utilização de termos como "liberdades públicas", "liberdades fundamentais", "direitos individuais" e "direitos públicos subjetivos", "direitos naturais", "direitos civis", assim como as suas variações, porquanto – ao menos como termos genéricos – anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito,[5] até mesmo em nível do direito internacional, além de revelarem, com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero *direitos fundamentais*.[6] Nesse contexto, há que ter em mente que não pretendemos adentrar o exame do significado específico ou mesmo das diversos termos

[3] Cf. J. P. Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 183, lembrando que a expressão teria sido utilizado pela primeira vez na Constituição alemã aprovada em 20.12.1848, em Frankfurt, mas que não chegou a vigorar, tendo novamente sido utilizado pela Constituição de Weimar, 1929.

[4] Na Constituição de 1824, falava-se nas "Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros", ao passo que a Constituição de 1891 continha simplesmente a expressão "Declaração de Direitos" como epígrafe da Secção II, integrante do Título IV (Dos cidadãos brasileiros). Na Constituição de 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão "Direitos e Garantias Individuais", mantida nas Constituições de 1937 e de 1946 (integrando o Título IV da Declaração de Direitos), bem como na Constituição de 1967, inclusive após a Emenda nº 1 de 1969, integrando o Título da Declaração de Direitos. Entre nós, aderindo à utilização da expressão direitos fundamentais e endossando também a argumentação ora desenvolvida, v. entre outros, especialmente o ensaio de D. Dimoulis, "Dogmática dos Direito Fundamentais: conceitos básicos", *in*: *Comunicações. Caderno do Programa de Pós-Graduação da Universidade Metodista de Piracicaba*, ano 5, nº 2, (2001), p. 13.

[5] Atente-se aqui para alguns exemplos de Constituições do segundo pós-guerra que passaram a utilizar a expressão genérica "direitos fundamentais", tais como a Lei Fundamental da Alemanha (1949) e a Constituição portuguesa (1976), ambas já referidas, bem como as Constituições da Espanha (1978), da Turquia (1982) e da Holanda (1983). Também destacando o caráter anacrônico de alguns termos v., mais recentemente, L. Martinez. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44-45.

[6] Nesse sentido, v. J.A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 157 e ss.

referidos,[7] já que a nossa busca se restringe a nos situarmos no que concerne a um termo e conceito genéricos e, acima de tudo, constitucionalmente adequados, capaz de abarcar as diferentes espécies de direitos.

Aqui assume especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos", não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os duas expressões, confusão esta (caso compreendida como um uso indistinto dos termos, ambos designando o mesmo conceito e conteúdo) que não se revela como inaceitável a depender do critério adotado. Quanto a tal ponto, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Fosse apenas por este motivo, impor-se-ia a utilização uniforme da expressão "direitos humanos" ou expressão similar, de tal sorte que não é nessa circunstância que encontraremos argumentos idôneos a justificar a distinção. De qualquer modo, cumpre destacar, antes de prosseguirmos, que se é certo que não pretendemos hipertrofiar a relevância do ponto, também não podemos passar ao largo do mesmo, seja pelo fato de estarmos diante de um aspecto a respeito do qual existe uma ampla discussão na doutrina, seja pelas consequências de ordem prática (especialmente no que diz com a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e/ou direitos humanos) que podem ser extraídas da questão. De fato – como pretendemos demonstrar minimamente – não se cuida de uma mera querela acadêmica entre teóricos que não têm mais o que fazer.

Em que pese as duas expressões ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") sejam comumente utilizadas como sinônimas, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que a expressão "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado,[8] ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).[9] A consideração de que a expressão "direitos humanos" pode ser equiparada à de "direitos naturais"[10] não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural.[11] Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os

[7] Para quem objetiva lançar um olhar mais criterioso sobre essa problemática, sugerimos a leitura do primeiro capítulo da obra de A.E. Pérez Luño, *Derechos Humanos*, p. 21 e ss.

[8] Assim, por exemplo, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 528, e M. L. Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, p. 141. Entre nós, essa distinção foi adotada, entre outros, por E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 59-60.

[9] Nesse sentido, dentre outros, a lição de J. Miranda, *Manual IV*, p. 51-2, citando-se, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Europeia de Direitos do Homem (1951), A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), dentre outros tantos documentos.

[10] Essa a posição de M. Kriele, *in*: FS für Scupin, p. 188.

[11] Cf. N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, principalmente no ensaio "Presente e Futuro dos Direitos do Homem" (p. 26 e ss.). O abandono da condição de direitos naturais pode ser também exemplificado com base na doutrina francesa,

direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, nesse sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal.[12] Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana –, mas, neste caso, de direitos não positivados.

Assim, com base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões "direitos do homem" (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), "direitos humanos" (positivados na esfera do direito internacional) e "direitos fundamentais" (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)[13]. Nesse particular, como o presente estudo se restringe – em que pesem algumas breves notícias de cunho histórico – aos direitos positivados, centrar-nos-emos em traçar, de forma mais clara, a distinção entre as expressões e os conceitos "direitos humanos" e "direitos fundamentais". A utilização da expressão "direitos do homem", de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma "pré-história" dos direitos fundamentais.

A distinção ora referida, entre direitos do homem e direitos humanos – que se assume ser essencialmente didática – recebeu a recente crítica de Bruno Galindo,[14] argumentando que direitos do homem e direitos humanos (ou direitos do homem) são sempre todos os direitos inerentes à natureza humana, positivados, ou não, distinguindo-se dos fundamentais, que são os direitos constitucionalmente positivados ou positivados em tratados internacionais, ainda que com uma eficácia e proteção diferenciadas. Com relação à crítica do autor, vale objetar que, consoante já frisado, a distinção entre direitos do homem e direitos humanos (que efetivamente também podem ser tidos como equiparados, desde que o conteúdo que lhes é atribuído seja o mesmo) prende-se ao fato de advogarmos a tese da possível diferenciação entre os direitos fundamentais, na condição de direitos constitucionais e sujeitos ao duplo regime da fundamentalidade formal e material, e direitos humanos como direitos positivados no plano internacional. O próprio autor, todavia, reconhece que os direitos fundamentais constitucionais se distinguem dos direitos fundamentais de matriz internacional no que diz com sua eficácia e efetiva proteção, justamente a razão pela qual – acrescida de outros motivos colacionados na presente obra – se

onde já se reconhece que as liberdades públicas não se confundem com a noção de direitos naturais do homem, tratando-se de posições jurídicas reconhecidas pelo direito constitucional positivo (v. nesse sentido, C.A. Colliard, *Libertés Publiques*, p. 12 e ss.).

[12] A este respeito, v. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 42 e ss. Entre nós, explorando essa perspectiva, v. entre outros, P. Melgaré, "Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais", *in: RIL*, nº 154, (2002), p. 73 e ss., destacando a perspectiva suprapositiva e a sua relevância para a aplicação judicial. Mais recentemente, J. Neuner, "Los Derechos Humanos Sociales", *in*: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 9, 2005, p. 239, também sufragou essa linha de entendimento, ao advogar a distinção entre os direitos fundamentais, fundados no pacto constituinte e limitadores do poder das maiorias parlamentares, e os direitos humanos, compreendidos como direitos supraestatais, com validade universal e vinculativos inclusive das maiorias constituintes.

[13] Cf., por último, aderindo a tal concepção, G. Marmelstein, *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 25-27.

[14] B. Galindo, *Direitos Fundamentais. Análise de sua concretização constitucional*, p. 48.

tem advogado a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais a partir do critério do seu plano de positivação. Que os assim designados direitos do homem são sempre direitos de todos os seres humanos, independentemente do seu gênero, sempre foi assumido como um pressuposto também de nossa análise. Além do mais, no que diz com a assertiva do autor referido quando afirma ser a noção de direitos humanos (ou direitos do homem) mais abrangente que a de direitos fundamentais, há como objetar que a abrangência de certos catálogos constitucionais (como é o caso do brasileiro), ao enunciarem direitos que dificilmente poderiam ser qualificados de direitos humanos no sentido de direitos inerentes à natureza (ou à dignidade) humana, bastando, em caráter ilustrativo, referir o direito ao salário mínimo, ao terço de férias, entre outros. Assim, a não ser que se exclua do catálogo constitucional todos os direitos que não sejam também sempre direitos a tese da maior abrangência dos direitos humanos revela-se no mínimo questionável.

Nesse contexto, de acordo com o ensinamento de Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo "direitos humanos" se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais,[15] de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.[16] Assim, ao menos sob certo aspecto, parece correto afirmar, na esteira de Pedro C. Villalon, que os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições,[17] resultando, de tal sorte, da confluência entre os direitos naturais do homem, tais como reconhecidos e elaborados pela doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e da própria ideia de Constituição.[18] Nesse contexto, situa-se – apenas para citar um posicionamento extraído da literatura filosófica – o magistério de Otfried Höffe, ao destacar a pertinência da diferenciação conceitual entre direitos humanos e fundamentais, justamente no sentido de que os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando se converteram em elementos do direito positivo e direitos fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Assim, ainda para Höffe, os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana) ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros

[15] Em sentido próximo, v. M. Carbonell, *Los Derechos Fundamentales en México*, 2ª ed., México: Porruá, 2006, p. 8 e ss., destacando que, por se tratar de categoria mais ampla, as fronteiras conceituais dos direitos humanos são mais imprecisas que a expressão *direitos fundamentais*.

[16] Cf. A.E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 46-7. Em que pese a nossa divergência com relação ao significado atribuído à expressão "direitos humanos", cumpre referir aqui a posição de M. Kriele quando igualmente advoga o entendimento de que a categoria dos direitos fundamentais é temporal e espacialmente condicionada, visto que se cuida da institucionalização jurídica dos direitos humanos na esfera do direito positivo. No mesmo sentido, v. também G. C. Villar, "El sistema de los derechos y las libertades fundamentales", *in*: F. B. Callejón (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II. Madrid: Tecnos, 2005, p. 29 e ss., assim como L. M. Diez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 55 e ss.

[17] P. C. Villalon, *in: REDC* nº 25 (1989), p. 41-2.

[18] Assim a lição de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 43.

de um ente público concreto.[19] Igualmente – muito embora por razões diversas –, apontando para uma possível distinção entre direitos fundamentais e o que designa de direitos morais (reconhecendo, contudo, que os direitos fundamentais possuem um conteúdo e fundamentação de cunho moral), vale referir a lembrança de Habermas, no sentido de que os direitos fundamentais, que se manifestam como *direitos positivos de matriz constitucional*, não podem ser compreendidos como mera expressão de direitos morais, assim como a autonomia política não pode ser vista como reprodução da autonomia moral.[20]

Já a partir do exposto, considerando que há mesmo vários critérios que permitem diferenciar validamente direitos humanos de direitos fundamentais, assume relevo – como, aliás, dão conta alguns dos argumentos já deduzidos – que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais também pode encontrar um fundamento na circunstância de que, pelo menos de acordo com uma determinada concepção, os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. Nesse sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humanas) acabam sendo "transformados" em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de "fundamentalização" (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.[21]

Em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos" (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam, por várias possíveis razões, a significados distintos. No mínimo, para os que preferem o termo "direitos humanos", há que referir – pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva. Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –,

[19] Cf. O . Höffe, *Derecho Intercultural*, especialmente p. 166-69, explorando, ainda, a diferença entre o plano pré--estatal (dos direitos humanos) e o estatal (dos direitos fundamentais).

[20] Cf. J. Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, p. 138 ("Deshalb dürfen wir Grundrechte, die *in* der positiven Gestalt von Verfassungsnormen auftreten, nicht als blosse Abbildungen moralischer Rechte verstehen, und die politische Autonomie nicht als blosses Abbild der moralischen."). No mesmo sentido, v., entre nós, o belo ensaio de M. C. Galuppo, "O que são direitos fundamentais?", *in*: J. A . Sampaio (Org), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 233.

[21] Nesse sentido, v. os desenvolvimentos de F.J. Bastida Freijedo, "Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales", *in*: F. J. Bastida Freijedo e outros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Tecnos, p. 18 e ss.

no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional.[22]

No âmbito da discussão em torno da melhor terminologia a ser adotada, é de se destacar o uso mais recente da expressão "direitos humanos fundamentais" por alguns autores.[23] De acordo com Sérgio Rezende de Barros, que refuta a tese da distinção entre direitos humanos e fundamentais, essa designação tem a vantagem de ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais.[24] Quanto a esse aspecto, e sem que se possa aqui adentrar ainda mais o estimulante debate em torno da temática versada neste segmento, não nos parece existir um conflito tão acentuado entre a posição por nós sustentada e as corretas e bem fundadas ponderações do ilustre jurista paulista, já que não deixamos de reconhecer a conexão íntima entre os direitos humanos e os fundamentais, pelo fato de que as diferenças apontadas radicam em alguns critérios específicos, como é o caso, especialmente, do plano de positivação. Nesse mesmo contexto, seguimos entendendo que a expressão "direitos humanos fundamentais", embora não tenha o condão de afastar a pertinência da distinção traçada entre direitos humanos e direitos fundamentais (com base em alguns critérios, como já frisado), revela, contudo, a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos, destacando, nesse sentido, a fundamentalidade em sentido material, que – diversamente da fundamentalidade formal – é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais constitucionais, consoante, aliás, será objeto de posterior análise.

No que concerne ao tópico em exame, há que atentar para o fato de não existir uma identidade necessária – no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos – nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional, nem entre as Constituições, e isso pelo fato de que, por vezes, o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar bem além, como é o caso da nossa atual Constituição.[25] Da mesma forma, não há uma identidade necessária entre os assim denominados direitos naturais do homem, com os direitos humanos (em nível internacional) e os direitos fundamentais (em nível constitucional), ainda que parte dos tradicionais direitos de liberdade contemplados no direito constitucional e no direito internacional tenha surgido da positivação dos direitos naturais reconhecidos pela doutrina jusnaturalista, tais como os clássicos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que

[22] Sobre o direito constitucional internacional na esfera dos direitos humanos, consultem-se as recentes obras de F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro: Max Limonad, 1996, e de A.A. Cançado Trindade, *Tratado do Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.

[23] Entre nós, o primeiro autor a utilizar a expressão "direitos humanos fundamentais", ao menos de acordo com o nosso conhecimento, foi M.G. Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1996. Também A. Moraes, *Direitos Humanos e Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998, utiliza-se desta terminologia.

[24] Cf. S. R. de Barros, *Direitos Humanos. Paradoxo da Civilização*, especialmente p. 29 e ss.

[25] Nesse sentido, a lição de K. Stern, *in*: HBStR V, p. 35.

são os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.[26]

Cumpre lembrar, ainda, o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do *status* jurídico que essa lhes atribui, visto que, do contrário, lhes falta o caráter cogência.[27] Assim, a efetivação dos direitos humanos encontra-se, ainda e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados, salientando-se, nesse particular, uma evolução progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos internacionais de controle, matéria que, no entanto, extrapola aos limites desta investigação. Em suma, reputa-se acertada a ideia de que os direitos humanos, enquanto carecerem do caráter da fundamentalidade formal próprio dos direitos fundamentais[28] – cujo significado ainda será devidamente clarificado –, não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade, o que não significa dizer que em muitos casos não a tenham.[29]

[26] Explorando as Convergências e dissonâncias entre ambas as esferas, v. especialmente, G.L. Neumann, "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", *in: Stanford Law Review*, vol. 55 (2003), p. 1863-1900.

[27] Nesse sentido, R. Alexy, "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático", *in*: RDA nº 217 (1999), referindo que – a despeito de sua crescente relevância – não se deve superestimar o significado da proteção internacional, já que sem a concretização (institucionalização) dos direitos do homem (fundamentais) em Estados particulares o ideal da Declaração da ONU não será alcançado.

[28] Cumpre registrar, neste contexto, que em face do reconhecimento da prevalência normativa de pelo menos parte dos Tratados de Direitos Humanos (como é o caso da Convenção Europeia dos Direitos Humanos) em relação ao direito interno dos Estados integrantes da Comunidade e da União Europeia, bem como diante da existência (pelo menos no âmbito regional europeu) de órgãos jurisdicionais supranacionais com competência para editar decisões vinculativas e dotadas de razoável margem de efetividade, já há quem sustente a fundamentalidade também em sentido formal dos Direitos Humanos nessa esfera, inclusive no que diz com a recente Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que, em princípio, ainda está aguardando o momento de alcançar sua vinculatividade. Este é precisamente o caso de J. J. Gomes Canotilho, "Compreensão Jurídico-Político da Carta", *in*: RIQUITO, Ana Luísa *et al. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, p. 11. A propósito, vale lembrar, ainda, que justamente (embora não exclusivamente) em face da já apontada existência (ainda que não incontroversa) de um direito constitucional internacional dos direitos humanos, somada à solidez das instituições supranacionais (pelo menos, de caráter regional), é que já se encontra em fase de amadurecimento o projeto de uma Constituição da União Europeia, que, se vier a ser efetivamente implementado (como parece ser a tendência) haverá de provocar uma revisão significativa de uma série de conceitos tradicionais na esfera da teoria constitucional, que, de resto, já tem passado por um amplo processo de discussão. A respeito da formação de um Direito Constitucional Europeu, v., entre outros, F. Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra: Coimbra Ed., 1997, e, ainda dentre os autores estrangeiros, o paradigmático contributo de J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on european integration*, especialmente p. 221-63. Entre nós, confira-se J.A. de Oliveira Baracho, "Teoria Geral do Direito Constitucional Comum Europeu", *in*: D. Annoni (Org), *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional. Cidadania, Democracia e Direitos Humanos*, p. 319-42, e mais recentemente, A.C. Pagliarini, *A Constituição Europeia como Signo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[29] Este, aproximadamente, o ponto de vista advogado por K. Stern, *in*: HBStR V, p. 35. A falta de identidade entre o rol internacional dos direitos humanos e o catálogo constitucional é, de certa forma, inevitável. Nesse sentido, há que frisar que nem todos os direitos constitucionais podem ser exercitados por qualquer pessoa, já que alguns direitos fundamentais se referem tão somente aos cidadãos de determinado Estado. Assim, por exemplo, o direito de voto e o direito de ser eleito podem até encontrar menção entre os direitos civis e políticos constantes em documentos internacionais, mas, no que concerne ao seu efetivo exercício, sua titularidade está restrita aos cidadãos de cada país. O mesmo pode afirmar-se com relação aos direitos de propor ação popular, ou mesmo de participar de plebiscitos ou integrar proposta de iniciativa popular legislativa, apenas para ficarmos em terreno nacional. Em contrapartida, os direitos humanos são atribuídos a qualquer um, e não apenas aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual também são denominados de direitos de todos (K.Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 45). Atente-se, ainda, para a circunstância que uma significativa parcela dos direitos fundamentais corresponde aos direitos humanos, no sentido de que sua

Importa, por outro lado, deixar devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões "direitos humanos" (ou direitos humanos fundamentais) e "direitos fundamentais", reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de expressões reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas. À luz das digressões tecidas, cumpre repisar, que se torna difícil sustentar que direitos humanos e direitos fundamentais (pelo menos no que diz com a sua fundamentação jurídico-positiva constitucional ou internacional, pois evidentes as diferenças apontadas) possam ser a mesma coisa,[30] a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico no sentido de que direitos humanos e fundamentais são expressões sinônimas, atentando-se, contudo, para as devidas distinções em se tratando da dimensão internacional e nacional, quando for o caso. Assim, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados e é sob tal perspectiva (não excludente de outras dimensões) que deverão ser prioritariamente analisados ao longo deste estudo.

titularidade não fica reservada aos cidadãos nacionais, estendendo-se também aos estrangeiros, tema que, contudo, não se encontra imune a controvérsia.

[30] Nesse sentido, contudo, o recente entendimento de A.C. Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21-30, em excelente monografia sobre o tema dos direitos humanos.

2. Perspectiva histórica: dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais e a problemática das assim denominadas dimensões dos direitos fundamentais

2.1. Considerações preliminares

A análise da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos é, de per si, um tema fascinante e justificaria plenamente a realização de um curso inteiro e a redação de diversas monografias e teses. Nosso objetivo, contudo, é bem mais modesto, sendo nossa intenção apenas referir alguns aspectos relevantes a respeito desta temática, de modo especial para propiciar uma adequada compreensão da importância e da função dos direitos fundamentais, além de nos situarmos no tempo e no espaço. É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico,[31] mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.[32] Nesse contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.[33]

No que concerne ao itinerário a ser percorrido, uma abordagem histórica pressupõe, num primeiro momento, que se ressalte onde, por que e como surgiram os direitos fundamentais, matéria que ainda hoje suscita controvérsias.[34] Cuida-se, nessa etapa, de destacar alguns momentos, concepções doutrinárias e formas jurídicas que antecederam e influenciaram o reconhecimento, em nível do direito constitucional positivo dos direitos fundamentais no final do século XVIII. Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras

[31] Sobre este aspecto, v. B. Pieroth, *in: JURA 1984*, S. 11, que analisa o problema da importância da interpretação histórica à luz do exemplo da evolução do constitucionalismo germânico.

[32] Nesse sentido, K. Stern, *in: HBStR V*, 108, p. 5.

[33] Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 55.

[34] Assim leciona M. Kriele, *in: FS für Scupin*, p. 187.

Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas "gerações" (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito),[35] bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonialização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes nesse contexto e que poderiam ser considerados.[36] Assim, fica desde já subentendida a ideia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal. Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, K. Stern, conhecido mestre de Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.[37]

Impende considerar ainda, no que tange à abordagem dos direitos fundamentais em sua perspectiva histórica e no que concerne à sua dimensão espacial, que o nosso enfoque se limita ao surgimento do Estado constitucional de matriz europeia e americana, limitando-se, além disso, a alguns aspectos e exemplos pinçados entre o vasto material que se encontra à disposição do estudioso da história dos direitos fundamentais. Por derradeiro, de acordo com a oportuna lição do notável jurista espanhol Perez Luño, não se deve perder de vista a circunstância de que a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana.[38] Importa, nesse contexto, destacar o paralelismo e a interpenetração entre a evolução na esfera filosófica e o gradativo processo de positivação que resultou na constitucionalização dos direitos fundamentais no final do século XVIII, diretrizes que pretendemos ressaltar no decorrer desta sumária abordagem de cunho histórico.[39]

2.2. Antecedentes: dos primórdios à concepção jusnaturalista dos direitos naturais e inalienáveis do homem

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que

[35] Sobre a possível distinção entre o Estado Liberal, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito, v. L. L. Streck e J. L. Bolzan de Morais, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 83 e ss.

[36] Como acertadamente aponta K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 53, a evolução histórica dos direitos fundamentais fornece elementos que explicam sua multidimensionalidade no moderno Estado constitucional.

[37] Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 56.

[38] A. E. Perez Luño, *Derechos Humanos*, p. 109.

[39] No âmbito da doutrina nacional sobre a trajetória evolutiva dos direitos fundamentais, imprescindíveis, entre outras, as contribuições de F. K. Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 1999; S. R. Barros, *Direitos Humanos: paradoxos da civilização*, 2003; e por último, J. A. L. Sampaio, *Direitos Fundamentais*, p.142-259.

o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que essa fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de "pré-história" dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.[40] Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).

De irrefutável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, foi a influência das doutrinas jusnaturalistas, de modo especial a partir do século XVI. Já na Idade Média, desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuam como critérios de legitimação de seu exercício.[41] De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.[42] Também o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.[43] Por sua vez, é no nominalismo do pensador cristão Guilherme de Occam que se busca a origem do individualismo que levou ao desenvolvimento da ideia de direito subjetivo, principalmente por obra de Hugo Grócio, que, no limiar da Idade

[40] Nesse sentido, a lição de A.E. Perez Luño, *Derechos Humanos*, p. 109, que também refere a importância do pensamento sofista e estoico no reconhecimento das ideias da igualdade natural dos homens e da crença num sistema de leis não escritas anteriores e superiores às do Estado e dos homens. A respeito deste ponto, como de modo geral sobre a evolução dos direitos humanos e fundamentais, vale conferir a estimulante narrativa de F. K. Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, especialmente p. 1 a 55. Apresentando um histórico a partir da perspectiva da evolução do Estado, v., entre nós, o importante contributo de R.G. Leal, *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, p. 59 e ss.

[41] Cf. A.E. Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, p. 30.

[42] Cf. A.E. Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, p. 30. A respeito da doutrina de Santo Tomás de Aquino, v. Juarez Freitas, *As Grandes Linhas da Filosofia do Direito*, p. 31 e ss., e C.J. Friedrich, Die Philosophie des Rechts *in historischer Perspektive*, p. 25 e ss., que apresentam excelente sinopse do pensamento tomista no que tange a estes e outros aspectos ligados à filosofia do Direito e do Estado.

[43] Assim, entre outros, K. Stern, *in: HBStR V*, p. 6.

Moderna, o definiu como "faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente".[44]

A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista. Cumpre referir, nesse contexto, os teólogos espanhóis do século XVI (Vitoria y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez), que pugnaram pelo reconhecimento de direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana, além de servirem de inspiração ao humanismo racionalista de H. Grócio, que divulgou seu apelo à razão como fundamento último do Direito e, nesse contexto, afirmou a sua validade universal, visto que comum a todos os seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas.[45] Ainda no século XVI, merecem citação os nomes dos jusfilósofos alemães Hugo Donellus, que, já em 1589, ensinava seus discípulos, em Nuremberg, que o direito à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem, bem como o de Johannes Althusius, que, no início do século XVII (1603), defendeu a ideia da igualdade humana e da soberania popular, professando que os homens estariam submetidos à autoridade apenas à medida que tal submissão fosse produto de sua própria vontade e delegação, pregando, ainda, que as liberdades expressas em lei deveriam ser garantidas pelo direito de resistência.[46]

No século XVII, por sua vez, a ideia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural encontrou eco e elaborada formulação nas obras do já referido holandês H. Grócio (1583-1645), do alemão Samuel Pufendorf (1632-1694) e dos ingleses John Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679). Ao passo que Milton reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e de imprensa, bem como a supressão da censura, Hobbes atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais, que, no entanto, alcançavam validade apenas no estado da natureza, encontrando-se, no mais, à disposição do soberano.[47] Cumpre ressaltar que foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, nesse particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período.

Ainda nesse contexto, há que referir o pensamento de Lord Edward Coke (1552-1634), de decisiva importância na discussão em torno da *Petition of Rights* de 1628, o qual, em sua obra e nas suas manifestações públicas como juiz e parlamentar, sustentou a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, principalmente no que

[44] Citado por C. Lafer, A *Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 120-1, onde também encontramos a referência a Guilherme de Occam.

[45] Assim A.E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 30-1. Sobre a laicização do direito natural, v. C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 121, de onde também extraímos as palavras sobre a concepção racionalista do direito natural de H. Grócio.

[46] Cf. K. Stern, *in: HBStR V*, p. 10.

[47] V. também K. Stern, *in: HBStR V*, p. 9-10.

diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade, tendo sido considerado o inspirador da clássica tríade vida, liberdade e propriedade, que se incorporou ao patrimônio do pensamento indivualista burguês.[48] Decisiva, inclusive pela influência de sua obra sobre os autores iluministas, de modo especial franceses, alemães e americanos do século XVIII, foi também a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando-se, todavia, a circunstância de que, para Locke, apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo.[49] Na lição de Perez Luño, com Locke a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade converteu-se na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimador do governo.[50] Cumpre salientar, nesse contexto, que Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal.[51]

Foi principalmente – apenas para citar os representantes mais influentes – com Rousseau (1712-1778), na França, Tomas Paine (1737-1809), na América, e com Kant (1724-1804), na Alemanha (Prússia), que, no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido Paine quem na sua obra popularizou a expressão "direitos do homem" no lugar do termo "direitos naturais".[52] É o pensamento kantiano, nas palavras de Norberto Bobbio, contudo, o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos.[53] Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens.[54] Conforme ensina Bobbio, Kant, inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento,[55] concepção essa que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico.

[48] Cf. K. Stern, *in: HBStR V*, p. 10.

[49] Nesse sentido, a lição de T. F. Sanjuán, *Constitución y Derechos Fundamentales*. p. 15 e K. Stern, *in: HBStR V*, p. 10.

[50] A. E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 31.

[51] Essa a lição de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 122-3.

[52] Nesse sentido v., dentre outros, A.E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 31-2.

[53] N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 73.

[54] Essa a lição de A.E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 32.

[55] N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 86.

2.3. O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo: dos direitos estamentais aos direitos fundamentais constitucionais do século XVIII

Como aponta Perez Luño,[56] o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos "direitos" consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.[57] Todavia, em que pese possa ser considerado o mais importante documento da época, a *Magna Charta* não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis.[58]

Desde já, há que descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses "direitos" e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo.[59] Como leciona Vieira de Andrade, referindo-se, a título de exemplo, à *Magna Charta*, esses pactos se caracterizavam "pela concessão ou reconhecimento de privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam".[60] Ainda assim, impende não negligenciar a importância desses pactos, de modo especial as liberdades constantes da *Magna Charta*, para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições, ainda mais quando é justamente no seu já referido art. 39 que a melhor doutrina – contrariando a ainda prestigiada tese de Georg Jellinek, no sentido de que a liberdade religiosa teria sido o primeiro direito fundamental – vê a origem destes direitos na liberdade de

[56] A.E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 33.

[57] Nesse sentido, A.E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 34, devendo apontar-se, de modo especial, para a importância do artigo 39 da *Magna Charta*.

[58] Relativamente ao mesmo período histórico, podemos citar o documento firmado por Afonso IX, em 1188, a *Bula de Ouro* da Hungria (1222), o *Privilegio General* outorgado por Pedro III em 1283 (cortes de Zaragoza) e os *Privilégios da União Aragonesa* (1286).

[59] Assim, por exemplo,Truyol y Serra, *Los Derechos Fundamentales*, p. 12.

[60] J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 25. Saliente-se, neste contexto, a referência de H.P. Schneider, *in: REP* nº 7 (1979), p. 8-9, no sentido de que estes privilégios estamentais e liberdades corporativas tinham sua titularidade fundada no nascimento, na ascendência familiar e na tradição, encontrando-se enquadrados no âmbito de uma sociedade estratificada e estamental.

locomoção e sua proteção contra prisão arbitrária, por constituir o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião.[61]

De suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, como foi o caso do *Édito de Nantes*, promulgado por Henrique IV da França, em 1598, e depois revogado por Luís XIV, em 1685. Nesse contexto, também podem ser enquadrados os documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburgo, em 1555, e da Paz da Westfália, em 1648, que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos, assim como o conhecido *Toleration Act* da colônia americana de Maryland (1649) e seu similar da colônia de Rhode Island, de 1663.[62] Igualmente, não há como desconsiderar a contribuição da Reforma e das consequentes guerras religiosas na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, por sua vez precondição para as revoluções burguesas do século XVIII,[63] bem como os reflexos já referidos na esfera do pensamento filosófico, conduzindo à laicização da doutrina do direito natural, e na elaboração teórica do individualismo liberal burguês.[64] Cumpre lembrar aqui a lição de H. P. Schneider, que aponta para a circunstância de que foi justamente o entrelaçamento e a interação destas duas diretrizes – a secularização do direito natural e a individualização dos privilégios estamentais – que propiciaram a formação das garantias dos direitos fundamentais.[65] De qualquer modo, inobstante a decisiva contribuição desses documentos concessivos de liberdades, igualmente não há como lhes atribuir a condição de direitos fundamentais, pois, consoante já ressaltado, podiam ser nova e arbitrariamente subtraídas pela autoridade monárquica.

Como próxima etapa, impende citar as declarações de direitos inglesas do século XVII, nomeadamente, a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da assim denominada "Revolução Gloriosa", de 1688, havendo, ainda, quem faça menção ao *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo.[66] Nesses documentos, os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses (tais como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, o direito de petição e uma certa liberdade de expressão) surgem, conforme referiu Vieira de Andrade, como enunciações gerais de direito costumeiro,[67] resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa.[68] Importa consignar, aqui, que as declarações inglesas do século XVII significaram a evolução

[61] Nesse sentido, v. M. Kriele, *in*: FS für Scupin, p. 205.

[62] A respeito da liberdade e da tolerância religiosa nos séculos XVI e XVII, v., dentre tantos, Truyol y Serra, *Los Derechos Fundamentales*, p. 14-5. Assim também M. Kriele, *in*: FS für Scupin, p. 194 e ss.

[63] Assim Cf. B. Pieroth, *in*: *JURA 1984*, p. 570-1.

[64] V., dentre outros, C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 120-1.

[65] H. P. Schneider, *in*: *REP* nº7 (1979), p. 9.

[66] A este respeito v., dentre tantos, T. Freixes Sanjuán, *Constitución y Derechos Fundamentales*, p. 15, e A. E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 34.

[67] J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 26.

[68] Segundo averba H.P. Schneider, *in*: *REP* nº 7 (1979), p. 10, foi o confronto entre o Parlamento e a Coroa inglesa que ensejou o surgimento das primeiras garantias jurídico-políticas perante o arbítrio da autoridade, a expropriação e o desterro.

das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses.[69]

Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, essa positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.[70] Ressalte-se, por oportuno, que essa fundamentalização não se confunde com a fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas (em sentido formal).

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.[71] As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos.[72] Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade,[73] pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.[74]

Igualmente de transcendental importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrocada do

[69] Assim a lição de A.E. Perez Luño. *Los Derechos Fundamentales*, p. 34-5.

[70] V., sobretudo, a lição lapidar de D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 79-80.

[71] Essa a lição, dentre outros, de D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 80. A Declaração da Virgínia acabou servindo de inspiração para as demais Declarações das ex-colônias inglesas na América, tais como as da Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte (igualmente de 1776), bem como as de Massachussetts (1780) e de New Hampshire (1784), acabando por refletir na incorporação dos direitos fundamentais à Constituição de 1787 por meio das emendas de 1791.

[72] V. também D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 80-1.

[73] Cf. D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 82. A este respeito, v. também B. Pieroth, *in*: *JURA 1984*, p. 573.

[74] Assim a lembrança de M. Kriele, *in*: *FS für Scupin*, p. 207-8.

antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França.Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento.[75] A influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores, é inegável, revelando-se principalmente mediante a contribuição de Lafayette na confecção da Declaração de 1789.[76] Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando à consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos Poderes. Sintetizando, há que reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra, sendo desnecessária, para os fins deste estudo, qualquer análise que tenha como objeto a mensuração da graduação da intensidade desta influência mútua, se é que tal aferição se afigura viável.

É necessário, contudo, apontar para algumas diferenças relevantes entre a Declaração de 1789 e os direitos e liberdades consagrados pelo constitucionalismo americano. Assim, sustenta-se que o maior conteúdo democrático e social das declarações francesas é o que caracteriza a "via" francesa do processo revolucionário e constitucional.[77] Atente-se, nesse contexto, ao fato de que a preocupação com o social e com o princípio da igualdade transparece não apenas na Declaração de 1789, mas também na Constituição de 1791, bem como – e principalmente – na Constituição jacobina de 1793, de forte inspiração rousseauniana, na qual chegaram a ser reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados. Costuma se referir, ainda, a aspiração universal e abstrata da Declaração francesa e dos direitos nela reconhecidos, contrastando, assim, com o maior pragmatismo das Declarações americanas, sendo correto afirmar-se que a Declaração de 1789 não postulava a condição de uma Constituição, incorporando-se, posteriormente, aos preâmbulos das Constituições de 1791 e de 1793, integrando também, por meio da técnica de remissão, o preâmbulo da vigente Constituição francesa de 1958, que deu seguimento à tradição. O certo é que, durante muito tempo, os direitos da Declaração francesa se encontravam virtualmente à disposição do legislador, visto que não vinculavam o Parlamento, à míngua de um sistema operante de controle de constitucionalidade das leis. Ainda neste contexto, é de lembrar que, enquanto na França o sentido revolucionário da Declaração de 1789 radica na fundamentação de uma nova Constituição, no processo constitucional norte-americano este sentido revolucionário das declarações de direitos radica na independência, em consequência da qual se faz necessária uma nova Constituição.[78] A contribuição francesa, no entanto, foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX. Cabe citar aqui a lição de Martin Kriele, que, de forma sintética e marcante, traduz a relevância de ambas as Declarações para a consagração dos direitos fundamentais, afirmando que, enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos.[79] Atente-se,

[75] Cf. A.E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 36.

[76] V., nesse sentido, K. Stern, *in: HBStR V*, p. 13.

[77] Nesse sentido, a lição de E.K.M. Carrion, *in*: *RIL* nº 106 (1990), p. 252-3.

[78] Cf. E.K.M. Carrion, *in*: *RIL* nº 106 (1990), p. 256, valendo-se das palavras de J. Habermas.

[79] M. Kriele, *in*: *FS für Scupin*, p. 190-1.

ainda, a circunstância de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) desses direitos.

2.4. As diversas dimensões dos direitos fundamentais e sua importância nas etapas de sua positivação nas esferas constitucional e internacional

2.4.1. Generalidades

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, nesse contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais,[80] falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações. Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo "gerações" por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade,[81] e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão "gerações" pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo "dimensões" dos direitos fundamentais, posição essa que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.[82] Nesse contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de "fantasia das chamadas gerações de direitos", que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.[83] Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e "gerações" de direitos.[84]

[80] Nesse sentido, a lição de A.E. Perez Luño, *in*: *RCEC* nº 10 (1991), p. 205, para quem o aparecimento de sucessivas dimensões de direitos fundamentais foi determinado justamente pela mutação histórica destes direitos.

[81] Advogando a complementariedade das diversas dimensões (gerações) de direitos fundamentais, v., entre nós e dentre outros, os aportes de V. Brega Filho, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988...*, p. 25 e ss.

[82] Este o entendimento de E. Riebel, *in*: *EuGRZ 1989*, p. 11. No âmbito do direito pátrio, foi talvez P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 525, quem primeiro fez alusão a esta imprecisão terminológica. Mais recentemente, v, no mesmo sentido, B. Galindo, *Direitos Fundamentais...*, p. 57, bem como J. Schäfer, *Classificação dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 39, que igualmente aderiu às críticas por tantos já endereçadas ao termo *gerações*. Mais recentemente, v. R. P. Kim, "A titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos", in: *Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos*. São Paulo: Verbatim/UNIMEP, 2012, p. 13 e ss.

[83] Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, p. 24-5.

[84] Importa referir neste contexto que o próprio termo *dimensões* já tem sido alvo de críticas por parte da doutrina, como é o caso de A.S. Romita, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, p. 89-90, ao sustentar que o termo dimensões se refere a um significado e função distinta do mesmo direito, e não de um grupo de direitos, razão pela

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.[85] Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno "Direito Internacional dos Direitos Humanos."[86]

Pela sua relevância para uma adequada compreensão do conteúdo, importância e das funções dos direitos fundamentais na atualidade, impõe-se breve digressão sobre essa temática, que deverá iniciar com uma visão panorâmica sobre as principais características de cada uma das dimensões dos direitos fundamentais, encerrando com algumas considerações sumárias de natureza crítica a respeito desta matéria. Além disso, em prol da clareza, é de se atentar para a circunstância de que a expressão "dimensões" (ou "gerações"), em que pese sua habitual vinculação com a terminologia direitos humanos, se aplica igualmente aos direitos fundamentais de cunho constitucional.

2.4.2. Os direitos fundamentais da primeira dimensão

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII,[87] de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia

qual prefere falar em "naipês" ou "famílias" de direitos fundamentais (referindo um total de seis), ainda que ao final critique a classificação em gerações ou famílias, naquilo que obnubila a interdependência e unidade do sistema de direitos fundamentais (v., p. 88-117).

[85] Aqui vale referir a posição de C. Weis, *Direitos Humanos Contemporâneos*, p. 37 e ss., que, criticando a concepção tradicional das "gerações" de direitos humanos, ainda aponta a circunstância de que as classificações tradicionais – baseadas no critério da evolução histórica – , além de gerarem confusões de cunho conceitual, pecam por não zelarem pela correspondência entre as assim designadas gerações de direitos humanos e o processo histórico de nascimento e desenvolvimento destes direitos, razão pela qual propõe um outro critério classificatório, sintonizado com a positivação no plano internacional, de tal sorte que se poderia falar de direitos liberais (civis e políticos) e direitos sociais, econômicos e culturais, adotando-se a terminologia "direitos globais" para aqueles direitos que a doutrina costuma enquadrar na terceira geração.

[86] Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, p. 25. No mesmo sentido, v., por último, G. Marmelstein, *Curso de Direitos Fundamentais*, p. 57, igualmente destacando que a multidimensionalidade implica indivisibilidade e interdependência.

[87] Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental.

individual em face de seu poder.[88] São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho "negativo", uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, "direitos de resistência ou de oposição perante o Estado".[89] Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.[90] Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nessa categoria. Em suma, como relembra P. Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental,[91] mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados.

2.4.3. Os direitos econômicos, sociais e culturais da segunda dimensão

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um "direito de participar do bem-estar social".[92] Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor),[93] caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais

[88] V., dentre muitos, C., Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 126, e J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 43.

[89] Essa a formulação de P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 517.

[90] Também C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 126-7, e J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 45 e ss.

[91] Cf. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 517.

[92] Cf. C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 127.

[93] Sobre a evolução na esfera do reconhecimento dos direitos sociais no constitucionalismo ocidental, ao menos no plano europeu, v. a contribuição de P. Krause, *in*: *Grund-und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, p. 402 e ss.

acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram "abraçados ao princípio da igualdade",[94] entendida essa num sentido material.

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas "liberdades sociais", do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho "positivo" possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão "social" encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

2.4.4. Os direitos de solidariedade e fraternidade da terceira dimensão

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.[95] Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípuo "o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta".[96] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.[97] Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico,

[94] Cf. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 518.
[95] Cf. C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 131.
[96] Cf. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 523.
[97] Cf., dentre outros, P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 523.

pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

A nota distintiva desses direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais.[98] Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.

No que tange à sua positivação, é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (não obstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nessa seara.[99]

Para outros, por sua vez, os direitos fundamentais da terceira dimensão, como leciona Pérez Luño, podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado de "poluição das liberdades", que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias. Nessa perspectiva, assumem especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida (que já foi considerado como direito de terceira geração pela corrente doutrinária que parte do critério da titularidade transindividual), bem como o direito de informática (ou liberdade de informática), cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação etc.,[100] mas que – em virtude de sua vinculação com os direitos de liberdade (inclusive de expressão e comunicação) e as garantias da intimidade e privacidade suscita certas dúvidas no que tange ao seu enquadramento na terceira dimensão dos direitos fundamentais. De qualquer modo, também com relação aos direitos da assim chamada terceira dimensão importa reconhecer a procedência da lição de Ignácio Pinilla ao destacar a diversificação[101] (e, portanto, a complexidade) destes direitos.

Ainda, nesse contexto, costumam ser feitas referências às garantias contra manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de

[98] Nesse sentido, v. E. Riedel, *in: EuGRZ 1989*, p. 17 e ss. Essa dúvida também é suscitada por N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 9-10.
[99] V., dentre outros, a lição do mestre argentino M. A. Ekmekdjian, *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 91, que também refere nominalmente os principais documentos internacionais que vêm consagrando estes assim denominados direitos da fraternidade ou solidariedade, especialmente os direitos ao desenvolvimento e progresso social e o direito à paz (v. p. 95 e ss. da obra citada).
[100] Cf. A.E. Pérez Luño, *in: RCEC* nº 10 (1991), p. 206 e ss.
[101] Cf. I.A . Pinilla, *Las transformaciones de los derechos humanos*, p. 134 e ss.

sexo, igualmente considerados, por parte da doutrina, de direitos da terceira dimensão, ressaltando-se que, para alguns, já se cuida de direitos de uma quarta dimensão. Verifica-se, contudo, que boa parte desses direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) à ideia da liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares. Com efeito, cuida-se, no mais das vezes, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século. Na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo, poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria dos direitos da primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo.

2.4.5. Direitos fundamentais de quarta e de quinta dimensões?

Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas.[102] Assim, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro nos reserva.[103] Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.

Contudo, há que referir, no âmbito do direito pátrio, a posição do notável Paulo Bonavides, que, com a sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que essa é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Para o ilustre constitucionalista cearense, essa quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta[104]) e à

[102] Entre nós, a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais é preconizada pelo ilustre mestre P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 524 e ss. Recentemente, houve até mesmo quem sugerisse a existência de uma 5ª geração (ou dimensão). Nesse sentido, o posicionamento de J. A. de Oliveira Júnior, *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, p. 97 e ss.

[103] Nesse sentido, a indagação de A. E. Perez Luño, *in*: RCEC nº 10, p. 209-10.

[104] Cumpre destacar, neste contexto, que sufragamos integralmente o entendimento de que os mecanismos de democracia direta previstos na nossa vigente Carta Magna infelizmente pouca atenção e implementação têm recebido, notadamente por parte do legislador infraconstitucional, além de aderirmos à posição que sustenta a fundamentalidade formal e material das respectivas disposições constitucionais, que integram um autêntico direito à democracia participativa, na esteira do que também tem proposto e defendido enfaticamente P. Bonavides, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, São Paulo: Malheiros, 2001, em obra que reúne importantes estudos sobre o tema. Dentre a literatura nacional produzida recentemente sobre o tema, lembre-se, entre outros, o ensaio de D. Annoni, "O Direito da Democracia como requisito imprescindível ao exercício da cidadania", *in*: D. Annoni (Org.), *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional. Cidadania, Democracia e Direitos Humanos*, p. 93-108.

informação, assim como pelo direito ao pluralismo.[105] A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.[106]

Contudo, também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno (ressalvando-se algumas iniciativas ainda isoladas de participação popular direta no processo decisório, como ocorre com os Conselhos Tutelares [no âmbito da proteção da infância e da juventude] e especialmente com as experiências no plano do orçamento participativo, apenas para citar alguns exemplos) e internacional, não passando, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que, aliás, se depreende das palavras do próprio autor citado, para quem, os direitos de quarta dimensão "compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política".[107]

Considerações similares dizem respeito ao direito à paz, que, na concepção de Karel Vasak, integra a assim designada terceira dimensão dos direitos humanos e fundamentais, mas que, de acordo com a proposta de Paulo Bonavides, movida pelo intento de assegurar ao direito à paz um lugar de destaque, superando um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso, de tal sorte a resgatar a sua indispensável relevância no contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos humanos e fundamentais, reclama uma reclassificação mediante sua inserção em uma dimensão nova e autônoma.[108] Sem que aqui possamos aprofundar a matéria, verifica-se, como bem aponta o mesmo Paulo Bonavides, uma tendência de o direito à paz (entre nós consagrado como princípio fundamental no artigo 4º, inciso VI, da Constituição de 1988), ainda que de modo isolado e carente de um desenvolvi-

[105] Cf. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 524-6, no qual o autor apresenta e analisa os direitos da quarta dimensão em capítulo próprio. É de se ressaltar que, ao menos parcial e embrionariamente, alguns destes direitos, notadamente os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação, se encontram consagrados em nossa Constituição, de modo especial no preâmbulo e no Título dos Princípios Fundamentais, salientando-se, todavia, que a democracia erigida à condição de princípio fundamental pelo Constituinte de 1988 é a representativa, com alguns ingredientes, ainda que tímidos, de participação direta.

[106] Com relação a este ponto, verifica-se que a proposta formulada por J. A. de Oliveira Júnior, *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, p. 97 e ss., apresentando cinco gerações, especialmente ao identificar os direitos da quarta e da quinta gerações, justamente acaba por referir direitos que, apesar de novos em se considerando o momento de seu reconhecimento, em princípio representam novas possibilidades e ameaças, à privacidade, liberdade, enfim, novas exigências da proteção da dignidade da pessoa, especialmente no que diz com os direitos de quarta geração (relacionados à biotecnologia), de tal sorte que pelo menos o conteúdo da quarta geração aqui não coincide com a proposta de Paulo Bonavides. Embora aderindo à concepção de Oliveira Júnior no tocante ao número de gerações, vale consignar a ênfase outorgada (no nosso sentir corretamente) por A. C. Wolkmer, "Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos", *in*: A. C. Wolkmer e J.R. Morato Leite (Org.), *Os Novos Direitos no Brasil. Natureza e Perspectivas*, especialmente p. 23 e ss., à noção de pluralismo jurídico vinculada necessariamente à complexidade e heterogeneidade inerentes ao processo histórico da permanente construção e reconstrução dos direitos fundamentais. Nessa mesma linha de entendimento, v., por último, B. Galindo, *Direitos Fundamentais*, p. 69-70.

[107] Cf. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 526.

[108] Cf. P. Bonavides, "A quinta geração de direitos fundamentais", *in*: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Ano 2 – nº 3, Abr./Jun. 2008, p. 82 e ss.

mento por parte da doutrina, ser invocado na esfera das relações internacionais, mas também em decisões de tribunais nacionais, como foi o caso, recentemente, da Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça da Costa Rica.[109] Para além da qualificação jurídico-dogmática da paz como direito fundamental na ordem constitucional, aspecto que merece maior desenvolvimento, o que importa – e quanto a este ponto, absolutamente precisa e oportuna a sua revalorização – é a percepção de que a paz (interna e externa), em todos os sentidos que possa assumir, não reduzida à ausência de guerra entre as nações ou de ausência de guerra civil (interna), é condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressuposto, portanto (embora não exclusivo), para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral.

2.4.6. Algumas considerações conclusivas e algumas indagações em torno da problemática das dimensões dos direitos fundamentais

Ainda que se deva concordar com a lúcida ponderação de Paulo de T. Brandão, no sentido de que a divisibilidade dos direitos em dimensões (ou gerações), assim como as demais tipologias elaboradas relativamente aos direitos fundamentais não logra, por si só, explicar de modo satisfatório toda a complexidade do processo de formação histórica e social dos direitos,[110] não hesitamos em consignar que o breve olhar lançado sobre as diversas dimensões dos direitos fundamentais nos revela que o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições,[111] ressaltando, dentre outros aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais, que se desprenderam – no mínimo, em grande parte – de sua concepção inicial de inspiração jusnaturalista. Além disso, constata-se a pertinência da lição de Norberto Bobbio, ao sustentar, justamente com base nas transformações ocorridas na seara dos direitos fundamentais e reveladas plasticamente pela teoria das "gerações" de direitos, a ausência de um fundamento absoluto dos direitos fundamentais.[112] A refutação (no nosso sentir correta) de um fundamento absoluto dos direitos fundamentais, não significa, à evidência, nem a ausência de uma fundamentação histórica, filosófica, sociologia, política, jurídico-positiva e até mesmo econômica dos direitos fundamentais (assim como dos direitos humanos) sem falar na relevância desta fundamentação para efeitos da legitimação dos direitos fundamentais e para a sua implementação concreta pelo Estado e pela sociedade, temática que, todavia, desborda dos limites desta obra. Importante é, nesse particular, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão

[109] Cf. P. Bonavides, op. cit., p. 84-85.

[110] Cf. desenvolvido por P. de T. Brandão, *Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*, p. 123 e ss. Embora referindo já cinco "gerações" de direitos, v. as críticas direcionadas especialmente em relação às três últimas "gerações" por J.A.L. Sampaio, *Direitos Fundamentais*, p. 302 e ss., além das objeções em relação à própria classificação geracional (p. 308 e ss.)

[111] Nesse sentido, A. E. Perez Luño. *in: RCEC* nº 10 (1991), p. 217.

[112] Cf. N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 15 e ss., e 32 e ss. Entre nós, C. M. Clève, *Temas de Direito Constitucional*, p. 127, bem lembra que os direitos fundamentais ocupam e representam um "espaço histórico, um processo, um caminho de invenção permanente".

a bens fundamentais e elementares do ser humano.[113] Ainda nesse contexto – no caso referindo um importante adversário de uma visão abstrata dos direitos e de seu processo evolucional – vale lembrar a arguta observação de Joaquín Herrera Flores, no sentido de que se é possível de fato falar em gerações (para nós, dimensões!) de direitos, estas encontram-se menos vinculadas a uma manifestação de racionalidade humana universal, tal como sustentada desde os estoicos até a Declaração da ONU, de 1948, mas sim, dizem respeito às diversas reações funcionais e críticas que têm sido implementadas na esfera social, política e jurídica ao longo dos processos de acumulação capitalista desde a baixa Idade Média até os nossos tempos.[114]

As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável,[115] ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade nesse campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento, dentre outros tantos que aqui poderiam ser citados e que ainda hoje continuam tão atuais quanto no século XVIII, ou até mesmo anteriormente, se atentarmos para os precedentes já referidos no contexto da evolução histórica anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições. Além disso, cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, aponta-se para a circunstância de que, na esfera do direito constitucional interno, esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes "novos" direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais.[116] Com efeito, basta aqui uma referência ao crescente controle do indivíduo por meio dos recursos da informática, tais como redes e bancos de dados pessoais, novas técnicas de investigação na esfera do processo penal, avanços científicos (atente-se para a recente controvérsia em torno da fabricação de clones humanos ou mesmo dos assim designados "direitos reprodutivos"), bem como as ameaças da poluição ambiental, apenas para nos atermos aos exemplos mais habituais.

No que diz com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, impende apontar, a exemplo de Perez Luño, para o risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu "*status* jurídico e científico",[117] além do despresti-

[113] Cf., dentre outros, E. Riedel, *in: EuGRZ 1989*, p. 10.

[114] Cf. J. Herrera-Flores, *Los derechos humanos como productos culturales – crítica del humanismo abstrato*, Madrid: Los Libros de Catarata, 2005, p. 101.

[115] Essa a lição de N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 32 e ss. É também o que se depreende do pensamento de P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 517. No mesmo sentido, *v.* F. L. Ximenes Rocha, "Direitos Fundamentais na Constituição de 1988", *in:* A. Moraes (coord.), *Os 10 anos da Constituição Federal*, p. 267 e ss.

[116] Nesse sentido, dentre outros, a lição de E. Denninger, *Der Gebändigte Leviathan*, p. 225-6, referindo-se, especificamente, à redescoberta dos direitos à segurança, meio ambiente sadio e equilibrado, proteção da liberdade em face dos riscos e agressões gerados pela tecnologia etc.

[117] Cf. A.E. Perez Luño, *in*: *RCEC* nº 10 (1991), p. 210.

gio de sua própria "fundamentalidade".[118] Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal.[119]

De outra parte, observa-se que, nada obstante a já relevada dimensão coletiva e difusa de parte dos novos direitos da terceira (e da quarta?) dimensão, resta, de regra, preservado seu cunho individual. Objeto último, em todos os casos referidos, é sempre a proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o que pode ser bem exemplificado pelo direito ao meio ambiente. Este, em que pese a habitual (embora não cogente) presença do interesse coletivo ou difuso, não deixa de objetivar a proteção da vida e da qualidade de vida do homem na sua individualidade. Na verdade, inclusive com maior pertinência, é o que também ocorre com a assim chamada liberdade de informática e exemplos correlatos. Todavia, há que fazer referência, nesse contexto, ao assim denominado direito à paz, cuja dimensão individual, em regra, não tem encontrado aceitação na doutrina, que se insurge contra a possibilidade de reconhecimento de um direito individual à paz, cuja titularidade pertenceria aos Estados, aos povos e à humanidade em seu todo.[120] Por outro lado, não há como desconsiderar que também a preservação da paz assume transcendental relevância para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais do homem considerado na sua individualidade, já que é na guerra e em períodos de exceção que costumam ocorrer as maiores violações desses direitos fundamentais. Aqui assume relevo a lúcida lição do ilustre jurista italiano Norberto Bobbio, ao referir que a proteção dos direitos fundamentais do homem se integra ao conteúdo essencial do Estado democrático, ao passo que a paz constitui pressuposto indispensável à proteção efetiva dos direitos do homem, de tal sorte que, para o eminente mestre, "direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos".[121]

Aspecto que igualmente merece destaque diz com as efetivas dificuldades de proteção e realização que caracterizam boa parte dos direitos fundamentais da segunda e da terceira dimensões, apontando para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais. Além disso, a evolução dos direitos fundamentais revela que cada vez mais sua implementação em nível global depende de esforços integrados (por isso, direitos da solidariedade e fraternidade) dos Estados e dos povos. Mesmo a realização

[118] Entre nós, encontramos o recente posicionamento de M.G. Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 67-8, referindo uma "inflação" de direitos fundamentais e alertando para os riscos de sua vulgarização. No mesmo sentido, a advertência de J. C. Nabais, "Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais", *in: Ab vno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, p. 980 e ss., referindo uma tendência para a jusfundamentalização, no âmbito de uma inflação no campo do reconhecimento de novos direitos fundamentais, também alentando para os riscos de uma banalização.

[119] No mesmo sentido, v. o recente aporte de V. Brega Filho, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988...*, p. 28 e ss.

[120] Essa, por exemplo, a posição de E. Riedel, *in: EuGRZ 1989*, p. 16 e ss., que sustenta ser a paz um valor universal básico da humanidade em seu todo, em que pese a íntima relação entre a paz e a efetivação dos direitos fundamentais. Aqui também poderiam ser enquadrados os direitos da quarta dimensão, na forma proposta por P. Bonavides (direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, ou, no mínimo, o primeiro e o último).

[121] Cf. N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 1.

efetiva dos direitos fundamentais na esfera interna de cada Estado depende, em última análise (naturalmente em maior ou menor escala), desse esforço coletivo, consagrando, também nesse campo, a tese da interdependência dos Estados e a inevitável tendência ao reconhecimento da inequívoca e irreversível universalização dos direitos fundamentais e direitos humanos.[122] Aliás, ainda que no âmbito dos direitos da primeira dimensão o déficit de efetivação seja mais reduzido (pelo menos se considerarmos a possibilidade amplamente reconhecida de sua exigibilidade judicial), é preciso reconhecer que também nessa esfera longe nos encontramos, mesmo entre nós, de um patamar que se possa considerar tendencialmente satisfatório. A vida, a dignidade da pessoa humana, as liberdades mais elementares continuam sendo espezinhadas, mesmo que disponhamos, ao menos no direito pátrio, de todo um arcabouço de instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais. O problema da efetividade é, portanto, algo comum a todos os direitos de todas as dimensões, mais uma razão para encararmos com certo ceticismo o reconhecimento de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, antes mesmo de lograrmos outorgar aos direitos das primeiras três dimensões sua plena eficácia jurídica e social. Não é à toa que se rememore constantemente que ao mesmo tempo em que boa parte dos direitos fundamentais já largamente consagrados encontram-se longe de uma implementação universal e satisfatória, novas e complexas situações e desafios reclamam um enfrentamento adequado, sem que sejam abandonados os esteios do Estado Democrático de Direito.[123]

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensões (assim como os da quarta, se optarmos pelo seu reconhecimento), consoante lição já habitual na doutrina, gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões.[124] Todavia, tenho para mim que essa tríade queda incompleta em não se fazendo a devida referência ao mais fundamental dos direitos, isto é, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual – em que pese a discussão travada sobre a sua caracterização como direito ou princípio fundamental – se encontra na base da mais variada gama de direitos, ainda que exista alguma controvérsia no que concerne ao grau de vinculação do conteúdo de todos os direitos fundamentais às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, aspecto sobre o qual voltaremos a nos manifestar.

A evolução histórica representada pelo reconhecimento do processo qualitativamente cumulativo e aberto revelado pelas assim denominadas dimensões dos direitos fundamentais teve como ponto de partida – ainda que com raízes ainda mais remotas – a concepção jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII. Com efeito, os direitos fundamentais nasceram como direitos naturais e inalienáveis do homem, sob o aspecto de expressão de sua condição humana. Assim, fala-se de uma universalidade abstrata dos direitos fundamentais, no sentido de que eram reconhecidos a todos os homens, situando-se numa dimensão pré-estatal, integrando-se ao direito interno apenas mediante seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva de determinado Estado, desvinculando-se, nesta segunda etapa da evolução histórica, de sua dimen-

[122] A respeito da universalidade dos direitos fundamentais (direitos humanos), analisando a evolução histórica, mas especialmente discorrendo sobre o conteúdo ético dos direitos fundamentais, v. a contribuição, entre nós, de V. P. Barreto, "Bioética, biodireito e direitos humanos", *in:* R. L. Torres (org.), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 377 e ss.

[123] Nesse sentido, situa-se a oportuna lembrança de J.L. Bolzan de Morais, *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*, p. 63.

[124] Cf., por exemplo, A. E. Perez Luño, *in: RCEC* nº 10 (1991), p. 210.

são abstratamente universal.[125] A partir da Declaração Universal da ONU, constata-se a existência de uma nova fase, caracterizada pela universalidade simultaneamente abstrata e concreta,[126] por meio da positivação – na seara do Direito Internacional – de direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos, e não apenas (mas também) aos cidadãos de determinado Estado. Verifica-se, nessa fase, que se encontra em pleno processo de maturação, a gradativa e intensa aproximação dos direitos humanos (considerados como os reconhecidos a todos os homens pelo Direito Internacional) e dos direitos fundamentais, mediante a construção, a exemplo do que já foi referido alhures, do que vem sendo denominado de um direito constitucional internacional. Segundo oportunamente averba Bonavides, esta nova universalidade (simultaneamente abstrata e concreta), "procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade".[127]

Mesmo em se considerando a controvérsia que grassa em torno do reconhecimento do caráter de autênticos direitos fundamentais de alguns dos direitos da terceira e da quarta dimensões, de modo especial, contudo, no que diz com a possibilidade de sua efetivação como direitos subjetivos, não há como negligenciar a relevância também destas novas dimensões de direitos fundamentais, para o progresso da humanidade. Ressalta-se, nesse contexto, a dimensão profética e promocional dos direitos fundamentais, que, mesmo não limitada aos direitos da terceira e da quarta dimensões, é com relação a estes que assume particular relevância, patenteando que todos os direitos fundamentais são permanentemente direcionados para o futuro, gerando a perspectiva e a possibilidade de mudanças e de progresso.[128] De outra parte, verifica-se que os direitos da terceira e da quarta dimensões (ou mesmo de uma quinta dimensão, como preferem alguns), que ainda se encontram em fase de reconhecimento e positivação, seja na esfera internacional, mas principalmente em nível do direito constitucional interno, constituem, na verdade, direitos em processo de formação, razão pela qual costumam ser caracterizados como autêntico *law in making*,[129] cuja importância jurídica e política não deve, contudo, ser menosprezada.[130] Na verdade, como oportunamente menciona Denninger, ilustre catedrático da Universidade de Frankfurt, Alemanha, ao nos depararmos com a pergunta sobre o que de novo efetivamente revelam os assim chamados "novos" direitos fundamentais na era

[125] Na doutrina, é N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 27-8, um dos que melhor reproduz ideia de uma evolução marcada por três fases sucessivas, desnudando a transição de uma universalidade abstrata, passando pela etapa marcada pela particularização concreta dos direitos fundamentais e culminando com a Declaração da ONU (1948), numa universalidade concreta dos direitos fundamentais positivos universais.

[126] Em que pese termos tomado de N. Bobbio a ideia da transição dialética de uma universalidade abstrata para uma universalidade concreta na seara dos direitos fundamentais, tomamos a liberdade de afastar-nos parcialmente do mestre italiano, por entendermos que a terceira fase na evolução dos direitos fundamentais não se limita a uma universalidade concreta, mas se revela, por igual, uma universalidade abstrata, à semelhança do que foi afirmado com relação à primeira fase, na medida em que, ao menos no plano doutrinário e legislativo, é preciso reconhecer que os direitos fundamentais passaram a integrar aquilo que poderíamos denominar de patrimônio cultural comum da humanidade.

[127] P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 525.

[128] Sobre a faceta utópica e promocional dos direitos fundamentais da terceira dimensão, v. E. Riedel, *in: EuGRZ 1989*, p. 20.

[129] Assim a expressão utilizada por E. Riedel, *in*: *EuGRZ 1989*, p. 17.

[130] Essa a lição de E. Denninger, *Der Gebändigte Leviathan*, p. 221.

tecnológica, talvez possamos responder que eles nos levam a reconhecer que as antigas dificuldades da humanidade com a problemática da justiça não lograram ser superadas pelo avanço tecnológico e científico.[131] Reconhecendo que os direitos chamados de "novos" nem sempre são genuinamente "novos",[132] Antonio Carlos Wolkmer bem observa a novidade muitas vezes reside no modo de obtenção (e fundamentação, poderíamos acrescer) dos direitos, que não se restringe necessariamente ao reconhecimento legislativo e jurisprudencial, mas resulta de um processo dinâmico e complexo de lutas específicas e de conquistas coletivas, até que venham a obter a chancela pela ordem social e estatal.[133]

Igualmente lançando um olhar crítico sobre uma classificação dos direitos fundamentais a partir do critério histórico privilegiado pelo argumento das "dimensões" ou "gerações", Marcelo Cattoni bem observa que na condição de classificação histórica é questionável o quanto a perspectiva ora abordada de fato contribui, no plano sistemático (e pragmático, poder-se-á agregar) para um adequado manejo das situações de colisão e concorrência de direitos fundamentais, notadamente em se tratando de direitos de "gerações" diversas e quando, como pretende o autor, há como questionar até mesmo a largamente difundida – mas possivelmente não suficientemente discutida – tese da unidade e interdependência dos direitos fundamentais de todas as gerações ou dimensões.[134] Na mesma linha crítica, a enfática observação de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, quando refere que a noção da existência de gerações de direitos, tal qual concebida originalmente por Karel Vasak, "não passa de uma forma acadêmica de facilitar a reconstrução histórica da luta pela concretização dos direitos fundamentais",[135] o que, a despeito da substancial correção do argumento colacionado (e que, nesse sentido, acaba alcançando também o termo "dimensões" ou outro que o venha a substituir), não deslegitima a imagem metafórica e o seu inerente simbolismo, desde que, à evidência, se esteja sempre ciente de que ela não reproduz o devir histórico dialético e dinâmico que marca a formação e reconstrução dos direitos e deveres fundamentais ao longo dos tempos.

Às críticas já assacadas em relação a uma classificação dos direitos humanos e fundamentais baseada no critério das gerações ou mesmo dimensões, calha agregar a manifestação de Jairo Schäfer, no sentido de que tal classificação não se reveste, dada a sua imprecisão, de suficiente rigor jurídico, já que não leva em conta a estrutura jurídico-normativa dos direitos fundamentais e, além disso, desconsidera que as diversas dimensões são manifestações de um mesmo fenômeno.[136]

De qualquer sorte, a despeito desses e de todos os demais aspectos que aqui poderiam ser versados e por mais que se possa aderir a boa parte das críticas colacionadas no que diz especialmente com a supervalorização da classificação histórica (dimensional) dos direitos fundamentais, cremos que o mais importante segue sendo

[131] E. Denninger, *Der Gebändigte Leviathan*, p. 229. Ressalte-se que o capítulo de onde foram extraídas as lições aqui referidas justamente ostenta o significativo título de "Novos Direitos na Era Tecnológica".

[132] Nesse sentido, v. também W. Rothenburg, *Direitos Fundamentais*, São Paulo: Método, 2014, p. 72-3, de resto também adotando postura crítica em relação à classificação dos direitos em dimensões ou gerações.

[133] Cf. A.C. Wolkmer, "Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos 'novos' direitos", p. 20.

[134] Cf. M.A. Cattoni de Oliveira, "Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais", *in*: M.A. Cattoni de Oliveira (Coord), *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, p. 192 e ss. (criticando a classificação histórica) e 198 e ss. (discutindo o dogma da interdependência).

[135] Cf. A. R. de Souza Cruz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate*, Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, p. 337.

[136] Cf. J. Schäfer, *Classificação dos Direitos Fundamentais*, p. 101-102.

a adoção de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural, pois apenas assim estar-se-á dando os passos indispensáveis à afirmação de um direitos constitucional genuinamente "altruísta"[137] e "fraterno".[138]

[137] No que diz com os pressupostos e contornos de um "direito constitucional altruísta", v. a recente e instigante contribuição de M. Carducci, *Por um Direito Constitucional Altruísta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[138] Sobre o tema, indispensável a consulta do pioneiro e paradigmático estudo de E. Resta, *O Direito Fraterno* (tradução de Sandra Vial), Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. Note-se que a despeito de importantes e evidentes pontos de convergência entre um direito "altruísta" e um direito "fraterno", não se trata exatamente do mesmo fenômeno, questão que, todavia, ora não será desenvolvida.

3. Direitos fundamentais e Constituição: a posição e o significado dos direitos fundamentais na Constituição de um Estado Democrático e Social de Direito

Antes de adentrarmos o exame específico da concepção de direitos fundamentais plasmada na ordem constitucional brasileira vigente, consideramos oportuna breve digressão a respeito do papel desempenhado pelos direitos fundamentais no âmbito do Estado constitucional. Como ponto de partida, salientemos a íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito. Dada a importância desses conceitos para o nosso estudo, cabe-nos, ao menos em linhas gerais, lançar breve olhar sobre essa problemática, clarificando um pouco mais tais conceitos e o nexo de interdependência entre eles.

Para tanto, afigura-se oportuna a transcrição da seguinte lição de Klaus Stern, para quem "as ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental".[139] Na verdade, o pensamento reproduzido encontra-se em sintonia com o que dispunha o multicitado artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, segundo o qual "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição". A partir desta formulação paradigmática, estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, nesse sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. Assim, acompanhando novamente as palavras de Klaus Stern, podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.[140]

[139] Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 181.

[140] Cf. K. Stern, *in: HBStR V*, p. 21.

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, nesse sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.[141] Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou Hans-P. Schneider, podem ser considerados, nesse sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático.[142] Além disso, como já havia sido objeto de previsão expressa na declaração de direitos da ex-colônia inglesa da Virgínia (1776), os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e o fundamento (*basis and foundation of government*), afirmando, assim, a ideia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na sua Constituição.[143]

Considerando-se, ainda que de forma aqui intencionalmente simplificada, o Estado de Direito não no sentido meramente formal, isto é, como "governo das leis", mas, sim, como "ordenação integral e livre da comunidade política",[144] expressão da concepção de um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chega-se fatalmente à noção – umbilicalmente ligada à ideia de Estado de Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado.[145] É nesse contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que "o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos".[146] Nessa linha de entendimento, calha invocar a lição de Ferrajoli, no sentido de que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito.[147] Por fim, ainda no que diz com a íntima

[141] Nesse sentido, dentre outros, a lição de W. Krebs, *in*: JURA 1988, p. 617.

[142] Cf. H.-P. Schneider, *in: REP* nº 7 (1979), p. 23. Entre nós, bem apresentando os direitos fundamentais como "elementos operativo-constitutivos do Estado Democrático de Direito", v. a lição de R. Gesta Leal, *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, p. 163 e ss.

[143] Aqui também cf. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 182.

[144] Essa a formulação de H.-P. Schneider, *in*: *REP* nº 7 (1979), p. 23.

[145] Sobre este ponto, notadamente numa perspectiva garantista embasada na obra de Ferrajoli, vale conferir o importante contributo de S. Cademartori, *Estado de Direito e Legitimidade*, especialmente p. 26 e ss., lembrando, entre outros aspectos, que o constitucionalismo "cria um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político (que Ferrajoli chama de esfera do indecidível): a sua própria forma de exercício – submetida ao Direito, democrática, de garantia – e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais." (p. 29). Ainda sobre a íntima conexão entre os direitos fundamentais e a Constituição, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, v., entre outros, a recente contribuição de J. L. Bolzan de Morais, *As Crises do Estado e da Constituição...*, p. 65 e ss.

[146] Cf. L.M. da Silva Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, p. 142.

[147] Cf. L. Ferrajoli, *Derechos y Garantias. La ley del más débil*, p. 22.

correlação dos direitos fundamentais com a noção de Estado de Direito, socorremo-nos das palavras de Pérez Luño, de acordo com o qual "existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito."[148]

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, em autêntica "reserva de justiça", em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal.[149] Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, "o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca".[150] Assim, na esteira do próprio Habermas, tão bem lembrado por Canotilho, é possível partirmos da premissa de que as ideias dos direitos fundamentais (e direitos humanos) e da soberania popular (que se encontra na base e forma a gênese do próprio pacto constituinte) seguem até hoje determinando e condicionando a autoevidência normativa (*das normative Selbstverständnis*) do Estado democrático de Direito.[151] É justamente nesse contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.[152] Situando-nos naquilo que pode ser considerado um espaço intermediário entre uma indesejável tirania ou ditadura dos valores e uma, por sua vez, impossível indiferença a eles,[153] importa reconhecer que a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui, portanto, noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título.[154]

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram,

[148] Cf. A.E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 19.

[149] Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 113 e ss., onde, dentre outros aspectos, aborda o problema da legitimidade do Poder Constituinte e da Constituição, numa dimensão dúplice, guiada pelas ideias de um procedimento justo (legitimação por meio de competências e procedimentos), bem como pela noção de consenso dos indivíduos sobre os princípios básicos de justiça numa comunidade (legitimação pelo consenso).

[150] Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 115.

[151] Cf. J. Habermas, *Faktizität und Geltung...*, p. 124.

[152] Essa a lição de H.-P. Schneider, *in: REP* nº 7 (1979), p. 25, baseada em jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, que outorgou aos direitos fundamentais o caráter de decisão jurídico-constitucional fundamental para todos os setores do Direito, aresto este baseado no art. 1º, inc. II, da Lei Fundamental de Bonn, segundo o qual os direitos fundamentais são o fundamento de toda a comunidade humana.

[153] Nesse sentido, J.C.S. Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, p. 162, aponta, com oportunidade, para a íntima vinculação entre as ideias de valor e Constituição, sugerindo que a solução para que se evitem, simultaneamente, os extremos de uma "tirania dos valores" e uma total (ao menos pretensa) indiferença a eles reside na transformação da teoria dos valores numa teoria dos princípios.

[154] Cf. também J.C.S. Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo*, p. 163 e 164, revelando que o Estado constitucional democrático se caracteriza pela transformação dos valores fundamentais em direitos fundamentais, no âmbito de um processo de personalização.

ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu a Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.[155]

A imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia é outro aspecto que impende seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática[156] e, nesse sentido, parâmetro de sua legitimidade. A liberdade de participação política do cidadão, como possibilidade de intervenção no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos etc.), constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades.[157] De outra parte, a despeito dos inúmeros aspectos que ainda poderiam ser analisados sob esta rubrica, importa referir a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia.[158]

Nessa perspectiva, a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade,[159] o que não afasta, como também de há muito já corresponde a uma assertiva corrente, a existência de tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia. Apenas para que tal aspecto não fique sem referência, visto que não será objeto de desenvolvimento, aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contra majoritário (dai a noção corrente de que os direitos fundamentais operam como verdadeiros "trunfos" contra a maioria),[160] que, embora inerente às democracias constitucionais (já que sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia) não deixa de estar, em certo sentido, permanentemente em conflito com o processo decisório político, já que os direitos fundamentais são fundamentais

155 Nesse sentido, a lição de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 187, arrimado, por sua vez, nas palavras de Carl Schmitt, para quem é natural que a forma de ser de um Estado é determinada pela forma de ser dos direitos fundamentais que reconhece.

156 Nesse sentido, a lição de H.-P. Schneider, *in*: *REP* nº 7 (1979), p. 26-7.

157 Cf., dentre outros, o entendimento de K. Stern, *in*: *HBStR V*, p. 22-3.

158 Assim também K. Stern, *in*: *HBStR V*, p. 23.

159 Cf., dentre tantos, a oportuna fórmula de G. Binembojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50.

160 Cf., em língua portuguesa, J. R. Novais, *Direitos Fundamentais*: Trunfos Contra a Maioria, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17 e ss., na esteira da conhecida formulação de Ronald Dworkin, citado pelo autor.

precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder.

Também a estreita ligação dos direitos fundamentais com o princípio do Estado social consagrado pela nossa Constituição, na esteira da maior parte das Leis Fundamentais contemporâneas, merece destaque. Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição.[161] Além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária etc.),[162] tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (arts. 7º a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (arts. 6º e outros dispersos no texto constitucional).

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.[163] Cumpre frisar, ainda, que a ideia do reconhecimento de determinadas posições jurídicas sociais fundamentais, como exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre, consoante leciona Klaus Stern, da concepção de que "homogeneidade social e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade".[164]

Com base nas ideias aqui apenas pontualmente lançadas e sumariamente desenvolvidas, há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça,[165] constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.

161 V., dentre tantos, P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 336 e ss., e J.A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 102-3.

162 V. o art. 1º, incs. III e IV, bem como o art. 2º (objetivos fundamentais da República), incs. I a V.

163 Segundo averba H.-P. Schneider, *in*: REP nº 7 (1979), p. 30-1, "se as clássicas liberdades fundamentais hão de ser hoje algo mais que liberdades sem probabilidade de realização, seu conteúdo também deve ser algo mais que simples proteção contra as intervenções do Estado; devem consistir em direitos a prestações sociais que compreendem – desde o ponto de vista subjetivo – tanto uma colocação em marcha da atividade geral estatal – quanto a pretensão de aproveitar serviços já prestados ou instalações já existentes". Nesse sentido, vale transcrever, ainda, a lição de L.M. da Silva Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, p. 149: "Os direitos fundamentais exigem a democracia material, pois apenas nesta os requisitos da dignidade humana poderão ser verdadeiramente preenchidos, já que só então os indivíduos estarão subtraídos, não apenas ao arbítrio do poder político, mas também às coacções derivadas do poder econômico e social."

164 Cf. K. Stern, *in: HBStR V*, p. 24.

165 A respeito dos direitos fundamentais sob o aspecto de concretizações do valor fundamental da justiça, v. A.E. Pérez Luño, *Derechos Humanos*, p. 15.

4. A concepção dos direitos fundamentais na Constituição de 1988

4.1. O catálogo dos direitos fundamentais na "Constituição-Cidadã" de 1988

4.1.1. Breve apresentação

Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional, muito embora se deva reconhecer que somente ao longo do tempo e de modo muito variável a depender de cada ordem constitucional os direitos fundamentais passaram a fruir de um regime jurídico-constitucional reforçado e efetivamente compatível com a sua condição. Na medida em que nosso estudo é prioritariamente centrado nos direitos fundamentais na Constituição pátria, importa tecer algumas considerações sobre a posição ocupada pelos direitos fundamentais na Carta de 1988, ainda que em caráter sumário. Nesse mesmo contexto, traçaremos uma breve resenha dos aspectos positivos mais relevantes com os quais nos deparamos ao proceder a uma primeira leitura da nossa Lei Fundamental no que diz respeito aos direitos fundamentais, sem omitirmos ao menos uma breve referência a alguns aspectos passíveis de crítica.

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que essa foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. Em que pesem todos os argumentos esgrimidos impugnando a legitimidade do processo Constituinte deflagrado no governo José Sarney, não restam dúvidas de que as eleições livres que resultaram na instalação da Assembleia Nacional Constituinte (ou Congresso-Constituinte), em 1° de fevereiro de 1987, propiciaram um debate sem precedentes na história

nacional sobre o que viria a ser o conteúdo da Constituição vigente, na redação final que lhe deu o Constituinte. Embora não haja condições de reproduzir com minúcias o desenvolvimento dos trabalhos da Assembleia presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães, importa registrar aqui a dimensão gigantesca desse processo. O anteprojeto elaborado pela Comissão de Sistematização, presidida pelo Deputado Bernardo Cabral, continha 501 artigos e atraiu cerca de 20.700 emendas. Menos expressiva, mas ainda assim significativa por tratar-se do exercício de modalidade de democracia participativa, é a constatação de que o projeto foi objeto de 122 emendas populares, estas subscritas por no mínimo 30.000 eleitores.[166] Ainda que tais números não sejam diretamente aplicáveis ao universo dos direitos fundamentais, é preciso reconhecer – guardadas as devidas proporções – que com relação a estes a situação não foi substancialmente diversa, de modo especial em se considerando a acirrada discussão em torno do reconhecimento de uma série de direitos econômicos, sociais e culturais.

No que concerne aos trabalhos da Constituinte, importa frisar que essa não se arrimou – ao menos não oficialmente – em qualquer pré-projeto elaborado anterior ou simultaneamente, o que vale inclusive em relação ao projeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos por iniciativa do Presidente José Sarney e concluído em setembro de 1986.[167] Contudo, não há como negar a influência exercida pelo Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos sobre os trabalhos da Constituinte, o que ficou evidenciado no primeiro Projeto da Comissão de Sistematização, no qual alguns dispositivos sugeridos pelos integrantes da Comissão Afonso Arinos (ironicamente designados de "Notáveis"), foram virtualmente transcritos na sua íntegra.[168] Por outro lado, cumpre averbar que a ausência de um anteprojeto devidamente sistematizado contribuiu de forma decisiva para certa desordem e insegurança no contexto dos trabalhos da Assembleia Constituinte,[169] que não deixou de se refletir também no campo dos direitos fundamentais.

Três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Com efeito, é preciso reconhecer que, em face do seu grande número de dispositivos legais (246 artigos e 74 disposições transitórias na versão original do texto), a Constituição de 1988 se enquadra no rol das assim denominadas Constituições analíticas, ao lado – apenas para citar as mais conhecidas – das Constituições de Portugal

[166] A este respeito, v. o artigo de A.L. Lyra Tavares, *in: RIL* n° 109 (1991), p. 84.

[167] Nesse sentido, cf. J. Marinho, *in*: RF n° 304 (1988), p. 101. Apenas a título ilustrativo vale lembrar que a Comissão Afonso Arinos, também denominada Comissão dos "Notáveis", foi nomeada em julho de 1985 e era integrada por 49 profissionais de renome e projeção nacional, selecionados dentre juristas, políticos, jornalistas, escritores e intelectuais de diversas áreas, tendo sido presidida pelo Prof. Afonso Arinos de Melo Franco. Após pouco mais de um ano de trabalho, a Comissão apresentou um projeto de Constituição com 436 artigos e 32 dispositivos transitórios, caracterizando-se pelo seu cunho marcadamente pluralista, e que, após ter sido entregue ao Presidente José Sarney em 18 de setembro de 1986, foi publicado no Diário Oficial da União.

[168] Nesse sentido, o entendimento de D.F. Moreira Neto, *in*: RF n° 304 (1988), p. 67. Saliente-se, todavia, que a designação "Notáveis", quando investida de conotação irônica, se afigura injusta, levando-se em conta não apenas a reputação pessoal e profissional da absoluta maioria dos integrantes da Comissão Afonso Arinos, mas especialmente o valor intrínseco do projeto por ela apresentado.

[169] Cf. J. Marinho, *in: RF* n° 304 (1988), p. 101. Nesse sentido, é preciso frisar que o próprio anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, ainda que oficialmente utilizado como fonte principal dos trabalhos Constituintes, não afastaria por completo a chaga da falta de sistematização, já que ele próprio – como assevera o jurista lusitano J. Miranda, *in: RDP* n° 80 (1987), p. 256 e ss. – havia sido vitimado por este mal.

(298 artigos) e da Índia (395 artigos). Este cunho analítico e regulamentador[170] reflete-se também no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional. Nesse contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional,[171] além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.

O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário,[172] já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos etc. Saliente-se, ainda no que diz com este aspecto, a circunstância de que o Constituinte – a exemplo do que ocorreu com a Constituição portuguesa – não aderiu nem se restringiu a apenas uma teoria sobre os direitos fundamentais,[173] o que teve profundos reflexos na formatação do catálogo constitucional desses.

De outra banda, ressalta na Constituição vigente o seu cunho programático[174] e, a despeito das diversas e importantes reformas ocorridas, ainda marcadamente, dirigente,[175] que resulta do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, tarefas, incluindo diversas ordens (imposições) ao legislador, a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos. Mesmo que fortemente mitigado no que concerne aos direitos fundamentais, de modo especial em face da redação do art. 5°, § 1° (que prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais), não há como negar a subsistência de elementos programáticos e de uma dimensão diretiva também nessa seara, o que, no entanto, será objeto de análise mais detida em outro momento.

[170] Essa a lição, entre outros, de P. Ferreira, *Comentários I*, p. 24; Também S. Dobrowolski, *in: RT* n° 658 (1990), p. 25 e ss., observa que o Constituinte cedeu à ilusão de que com a regulamentação detalhada da matéria ficariam resolvidos os problemas nacionais. Saliente-se, neste contexto, que uma das críticas mais contundentes habitualmente tecidas à nossa Constituição consiste justamente na alegação de que o Constituinte invadiu seara reservada ao legislador infraconstitucional.

[171] Pertinente, portanto, a lição de S.A. Romita, *in: RDT* n° 73 (1988), p. 72.

[172] Essa a observação de J. Marinho, *in*: RF n° 304 (1988), p. 101 e ss. Cumpre salientar que neste aspecto – entre outros – a nossa Constituição vigente se assemelha e muito à Constituição portuguesa de 1976, igualmente resultante de uma solução compromissária e harmonizadora das diversas forças políticas (cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 522-3).

[173] Embora não seja possível, dadas as dimensões e o enfoque do presente trabalho, proceder-se a uma análise mais detida das teorias sobre os direitos fundamentais, constata-se, também, no caso brasileiro, que o Constituinte se inspirou preponderantemente nas teorias liberal e social dos direitos fundamentais, incluindo suas diversas variantes e manifestações. Nesse sentido, Canotilho-Moreira, *Fundamentos*, p. 100 e ss. Para obter-se uma visão panorâmica das teorias dos direitos fundamentais, remetemos o leitor às obras de J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 515 e ss., e de E.W.Böckenförde, *in*: NJW 1974, p. 1529 e ss., dentre outras que aqui poderiam ser citadas.

[174] Não é à toa que T.S. Ferraz Jr. (*Constituição de 1988 – Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia*, p. 58) considera a Constituição vigente a mais programática de todas as constituições brasileiras, em virtude do grande número de disposições de ordem programática ou imposições ao legislador.

[175] Cf. F. Piovesan, *Proteção Judicial*, p. 39, que fundamenta sua posição nas lições J.J. Gomes Canotilho.

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter ela sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor escala – a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais. Também nesse aspecto é possível traçar um paralelo entre a nossa Constituição Federal de 1988 e diversas das Constituições do segundo Pós-Guerra. Dentre os exemplos mais remotos, merecem referência a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949. Em momento posterior, há que destacar a Constituição da República Por-tuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978, ambas igualmente resultantes da superação de regimes autoritários e que, a exemplo das primeiras, exerceram grande influência sobre o Constituinte de 1988.

Embora não tenhamos a pretensão de esgotar e aprofundar as diversas questões que poderiam ser suscitadas no âmbito desta abordagem introdutória, na medida em que apenas nos propusemos a delinear alguns traços genéricos que possibilitem a compreensão da importância e do significado dos direitos fundamentais em nossa atual Constituição, entendemos ser adequada para os efeitos desta apresentação – ou, no mínimo, ilustrativa – a referência a alguns dos aspectos inovadores e positivos que decorrem de uma primeira leitura do título dos direitos fundamentais, assim como de algumas críticas que podem ser tecidas com relação a ele, aspectos que, em seu conjunto, caracterizam o sistema dos direitos fundamentais no direito constitucional positivo vigente, além de traçarem a distinção relativamente à tradição anterior nessa seara.

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais. Além disso, como já visto, a própria terminologia "direitos e garantias fundamentais" constitui novidade, já que nas Constituições anteriores costumava utilizar-se a denominação "direitos e garantias individuais", desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafinada em relação à evolução recente no âmbito do direito constitucional e internacional.[176] A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático.

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5°, § 1°, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem

[176] Ressalte-se, todavia, que a Constituição não utiliza o termo "direitos fundamentais" de modo uniforme. Assim ocorre com o art. 60, § 4°, inc. IV, onde consta a expressão "direitos e garantias individuais", o que acabou gerando um dissídio doutrinário em torno da melhor exegese desta norma, sobre o qual ainda teremos oportunidade de nos manifestar.

aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático desses preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance desse dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Essa maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão deles no rol das "cláusulas pétreas" (ou "garantias de eternidade") do art. 60, § 4°, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado.

A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência. Apenas para exemplificar, o art. 5° possui 78 incisos, sendo que do que o art. 7° consagra, em seus 34 incisos, um amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores. É de se observar, contudo, que o extenso rol de direitos e garantias fundamentais pode, também, ser avaliado sob ângulo crítico, para o que remetemos ao item seguinte. Nesse contexto, cumpre salientar que o catálogo dos direitos fundamentais (Título II da CF) contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, o que também deflui do conteúdo das disposições integrantes do Título I (dos Princípios Fundamentais). No que concerne aos direitos das duas primeiras dimensões, não se encontram dificuldades para a confirmação desta hipótese, bastando uma simples leitura superficial dos dispositivos integrantes do catálogo, que acolheu tanto os direitos tradicionais da vida, liberdade e propriedade, quanto o princípio da igualdade e os direitos e garantias políticos, consagrando, por igual, os direitos sociais da segunda dimensão. Já no que diz com os direitos da terceira e da quarta dimensões, há que ter maior cautela. Certo é que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) pode ser enquadrado nessa categoria (direito da terceira dimensão), em que pese sua localização no texto, fora do título dos direitos fundamentais. Poder-se-ia cogitar também do art. 5°, inc. XXXII (prevê a proteção do consumidor), e do art. 5°, inc. XXXIII (direito a informações prestadas pelos órgãos públicos). No mais, encontramos referência a outros dos assim denominados direitos de terceira dimensão no título dos princípios fundamentais no que concerne às relações internacionais, onde se encontram previstas a independência nacional, a autodeterminação dos povos e a não intervenção (art. 4°, incs. I, III e IV), além da defesa da paz, secundada da solução pacífica dos conflitos (art. 4°, incs. VI e VII). Importante é a constatação de que, relativamente à positivação em nível do direito constitucional interno, os direitos das duas últimas dimensões ainda reclamam uma atenção maior, o que não significa que inexistam possibilidades de seu reconhecimento e efetivação, que poderia dar-se também (mas não só) por intermédio da cláusula de abertura propiciada pelo art. 5°, § 2°, da CF, o qual ainda será objeto de maior atenção.

Já após a entrada em vigor da Constituição, outras novidades foram objeto de previsão pelo poder de reforma constitucional. Digna de nota, nesse contexto, é a inclusão (de forma expressa) do direito à moradia no artigo 6° (dos direitos sociais), por meio da Emenda Constitucional n° 26/2000 e do direito à alimentação, em 2010, bem como do direito ao transporte, em 2015. A reforma do Poder Judiciário, veiculada pela Emenda n° 45/2004, trouxe outras inovações, embora algumas até mesmo questionáveis, já que (pelo menos a partir de determinado ponto de vista) potencialmente

ofensivas aos direitos fundamentais, como é o caso do incidente de deslocamento da competência para o julgamento de graves violações dos direitos humanos, que aqui não será objeto de comentários. De positivo, importa citar a inserção, no elenco do artigo 5° da nossa Lei Fundamental, do direito à razoável duração do processo, assim como a inclusão de um § 3° no artigo 5°, prevendo a possibilidade de aprovação, com *status* de Emenda Constitucional, de tratados em matéria de direitos humanos, ponto que será especialmente considerado em item próprio.

Para efeitos de uma breve apresentação dos direitos fundamentais na atual Constituição, há que ressaltar alguns aspectos que, salvo melhor juízo, parecem ser passíveis de crítica. Isto tanto no que diz com a sistemática adotada pelo Constituinte, quanto com relação à técnica legislativa, além da necessidade de se apontarem alguns equívocos e lacunas que deixaram de ser supridas e que merecem alguma reflexão. É de considerar, ainda, que questões específicas, de modo especial àquelas vinculadas a preceitos individualmente considerados, foram propositalmente excluídas nesse momento. De qualquer modo, não se trata – aqui também – de abordagem exaustiva e analítica, já que de cunho meramente exemplificativo e problematizador.

A falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, de modo especial no que diz com a terminologia utilizada, pode ser apontada como uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais em nossa Constituição, revelando contradições, ausência de tratamento lógico na matéria e ensejando problemas de ordem hermenêutica. É o que ocorre, por exemplo, com a redação do *caput* do art. 5°, seguido dos 77 incisos, bem como do art. 6°, que anuncia genericamente quais os direitos sociais básicos, sem qualquer explicitação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscada no capítulo da ordem econômica e, acima de tudo, da ordem social, suscitando sérias duvidas sobre quais os dispositivos situados fora do Título II que efetivamente integram os direitos fundamentais sociais. Nesse mesmo contexto, também ressalta uma ausência de sistematização, oriunda, provavelmente, de uma acomodação apressada das matérias, desacompanhada da necessária reflexão, gerada, entre outros fatores, pela pressão exercida sobre os Constituintes na época da elaboração da nossa Lei Fundamental, aspecto já apontado, inclusive, por observadores estrangeiros de grande renome, como é o caso de Jorge Miranda, apesar do entusiasmo com o qual o mestre de Lisboa recebeu a nossa nova Carta.[177] Basta citar, ainda no que diz com este aspecto, a posição "geográfica" dos preceitos que consagraram a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais (art. 5°, § 1°), bem como a abertura para outros direitos fundamentais, ainda que não expressos no texto da Constituição (art. 5°, § 2°), ambos situados no final do rol do art. 5°, mas antes dos demais direitos fundamentais do Título II.

A amplitude do catálogo, em que pese seu cunho preponderantemente positivo, também revela ter suas fraquezas, porquanto no rol dos direitos fundamentais foram incluídas diversas posições jurídicas de "fundamentalidade" ao menos discutível, conduzindo – como se tem verificado ao longo dos anos – a um desprestígio do especial *status* gozado pelos direitos fundamentais,[178] muito embora não seja a

[177] V. J. Miranda, *in*: RDP n° 80 (1987), p. 256 e ss.

[178] Nesse sentido, v. M.G. Ferreira Filho, *in*: *RDA* n° 203 (1996), p. 4 e ss., embora não possamos compartilhar o ponto de vista do autor no que tange à vinculação dos direitos fundamentais "verdadeiros" ao jusnaturalismo, considerando-se fundamentais os direitos naturais, por sua vez distintos dos "falsos" direitos fundamentais, tidos como tais os que, sem serem oriundos do direito natural, foram contemplados nas Constituições e tratados internacionais.

quantidade de direitos fundamentais uma das principais causas de sua falta de prestígio e efetividade. Além disso, em todos os capítulos, mas de modo especial no art. 5º e nos arts. 12 a 17, encontram-se diversos preceitos que, não obstante sua louvada finalidade (e aqui não se discute sua importância), não revelam as características de direitos fundamentais, mas, sim, de normas organizacionais (como é o caso do art. 14, § 3º, incs. I a VI, e §§ 4º a 8º) ou até mesmo de normas de natureza penal (art. 5º, incs. XLII e XLIII). Cuida-se, na maior parte, de dispositivos que poderiam ter sido remetidos ao legislador infraconstitucional ou mesmo enquadrados na parte orgânica da Constituição. Todavia, não há como deixar de outorgar às posições de fundamentalidade (material) controversa a plenitude de sua força jurídica, peculiar – no mínimo – ao regime da fundamentalidade formal, já que a controvérsia sobre a fundamentalidade, nas hipóteses referidas, se restringe à dimensão material. Ademais, parece-nos insustentável outorgar aos poderes constituídos (mesmo à Jurisdição Constitucional) a atribuição de decidir sobre a verdadeira (ou falsa) fundamentalidade das posições consagradas como direitos fundamentais no Título II da nossa Constituição, já que nesse caso se está diante de uma expressa opção do próprio constituinte originário.

Importante lacuna deixada pelo Constituinte diz com a ausência de previsão de normas genéricas expressas sobre as restrições aos direitos fundamentais, o que, na verdade, não encontra maior justificativa, já que não faltaram exemplos concretos e de ampla aceitação no direito comparado. Aqui cumpre lembrar, pela sua importância, as Constituições alemã (1949), portuguesa (1976) e espanhola (1978). A proteção do núcleo essencial (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, a reserva legislativa (restrições somente mediante leis no sentido formal) teriam sido categorias que, uma vez tendo recebido roupagem nacional, se revelariam extremamente benéficas, servindo como elementos para um tratamento científico e uniforme da matéria.[179]

Tendo em vista os aspectos destacados, há como afirmar, sem medo de errar, que, a despeito da existência de pontos passíveis de crítica e ajustes, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional. Para que este momento continue a integrar o nosso presente e não se torne mais outra mera lembrança, com sabor de ilusão, torna-se indispensável o concurso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda a sociedade. Nesse sentido, se – de acordo com a paradigmática afirmação de Hesse –, para a preservação e o fortalecimento da força normativa da Lei Fundamental se torna indispensável a existência de uma "vontade de Constituição",[180] também poderemos falar em uma vontade dos direitos fundamentais, ainda mais quando estes integram o núcleo essencial de qualquer Constituição que mereça esta designação.

[179] Nesse sentido, chegamos a apresentar sugestão para a reforma da Constituição no Congresso Estadual da Magistratura, promovido pela AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul) em novembro de 1995, propondo a inclusão desta matéria (além de outras alterações) num dispositivo genérico, no pórtico do título sobre os direitos fundamentais, disciplinando integralmente o regime jurídico destes.

[180] Cf. K. Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, p. 32.

4.1.2. Elementos caracterizadores de um sistema de direitos fundamentais

No âmbito desta apresentação do conteúdo e do significado dos direitos fundamentais na Constituição vigente, importa analisar se e em que medida é possível falar de um autêntico sistema formado pelos direitos fundamentais de nossa Lei Fundamental e, em sendo ao menos tendencialmente afirmativa a resposta, de que maneira este sistema se insere no contexto global da Constituição. A problemática não é, além disso, destituída de relevância prática, visto que do seu enfrentamento decorrem consequências diretas, com reflexo na seara hermenêutica, bem como no que diz com a compreensão da concepção dos direitos fundamentais consagrada pelo Constituinte de 1988. Estreitamente vinculada à presente temática, coloca-se, ainda, a questão da relação entre a parte orgânica da Constituição e os direitos fundamentais, e que também deverá merecer a nossa atenção.

A ideia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental.[181] A aplicação da noção de sistema ao conjunto dos direitos fundamentais não é, contudo, inovadora e tem sido discutida acirradamente na dogmática constitucional nacional e estrangeira. É na doutrina e na jurisprudência germânica que o tema provocou, antes mesmo do advento da atual Lei Fundamental, as maiores controvérsias.

O representante mais ilustre da corrente que sustenta a existência de um autêntico sistema dos direitos fundamentais no direito alemão foi Günter Dürig, para quem a Lei Fundamental consagrou um sistema de direitos fundamentais isento de lacunas, baseado no princípio fundamental da dignidade humana (art. 1º, inc. I, da LF).[182] Este, segundo o pensamento do ilustre mestre de Tübingen, fundamenta uma pretensão geral de respeito e proteção da dignidade da pessoa humana, concretizada nos diversos direitos fundamentais específicos, que, além disso, foram guindados à condição de diretamente aplicáveis pelo art. 1º, inc. III, da LF. Por meio do art. 19, inc. II (princípio da preservação do núcleo essencial), bem como do art. 79, inc. III (cláusulas pétreas), ambos da LF, os direitos fundamentais encontraram proteção expressa contra a ação erosiva do legislador ordinário e até mesmo contra eventuais reformas da Constituição. Com a previsão de um direito geral de liberdade (art. 2º, inc. I, da LF) e de um direito geral de igualdade (art. 3º, inc. I, da LF), ambos concretizados por direitos fundamentais de liberdade e igualdade de natureza especial, bem como diante da previsão de uma garantia fundamental de proteção judiciária (art. 19, inc. IV, da LF),[183] possibilitando o amplo acesso à justiça e à efetivação de todos os direitos fundamentais, ficaria – de acordo com a formulação de Dürig – completa a conformação jurídico-positiva de um sistema dos direitos fundamentais.[184]

[181] Cf. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 54-5. Mais recentemente, G.B. Peña de Moraes, *Dos Direitos Fundamentais*, p. 89 e segs., refere-se ao princípio da dignidade da pessoa humana como elemento que confere unidade ao sistema dos direitos fundamentais na nossa Constituição.

[182] Cf. G. Dürig, *in; AÖR* nº 81 (1956), p. 119 e ss. Saliente-se que a noção de um sistema isento de lacunas deve ser compreendida no sentido de um sistema de proteção abrangente e completo, e não como significando um sistema fechado e hermético.

[183] Dispositivo que equivale ao art. 5º, inc. XXXV, da CF de 1988 (garantia da inafastabilidade do controle judiciário).

[184] Cf. G. Dürig, *in: AÖR* nº 81 (1956), p. 119 e ss.

Sem adentrar aqui a ampla discussão que gerou o sistema idealizado por Dürig – sem dúvida uma das mais importantes, originais e influentes formulações propostas no direito alemão após o advento da Lei Fundamental –, o fato é que essa concepção sistêmica foi merecedora de fundadas críticas por parte da doutrina de seu próprio país. Além disso, importa frisar que qualquer tomada de posição sobre um sistema de direitos fundamentais em nossa Constituição deve tomar como parâmetro o direito positivo pátrio. Nesse contexto, importa referir a tese de Konrad Hesse, que, embora reconheça a existência de certas vinculações de natureza sistêmica (relação de especialidade e generalidade entre alguns direitos fundamentais, bem como similitudes no que concerne ao seu conteúdo), entende ser impossível sustentar o ponto de vista de um sistema autônomo e fechado integrado pelos direitos fundamentais da Lei Fundamental. Para Hesse, os direitos fundamentais, apesar de comumente agrupados em um catálogo, são garantias pontuais, que se limitam à proteção de determinados bens e posições jurídicas especialmente relevantes ou ameaçados. De outra parte, a existência de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, a ausência de uma fundamentação direta de todos os direitos fundamentais no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o estreito entrelaçamento entre os direitos fundamentais e o restante das normas constitucionais, impedem, segundo a perspectiva de Hesse, a existência de um sistema autônomo, fechado (no sentido de isento de lacunas), tal como sustentado por parte da doutrina e, ao menos de forma majoritária, pelo próprio Tribunal Federal Constitucional.[185]

Com base no que foi exposto e à luz do direito constitucional pátrio, verifica-se, de plano, ser inviável a sustentação, também entre nós, da concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição. Com muito mais pertinência do que no caso da Lei Fundamental alemã, as ponderações tecidas por Hesse revelam sua procedência e atualidade quando consideradas em face do texto da Constituição de 1988. Em primeiro lugar, cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.[186] Além disso, a diversidade de conteúdo do catálogo dos direitos fundamentais (composto por um número sem precedentes de direitos de liberdade, concretizações do princípio da igualdade, direitos sociais, políticos, garantias institucionais etc.), impede, em princípio, que se estabeleçam critérios abstratos e genéricos que possam demonstrar uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma construção baseada numa relação de generalidade e especialidade. Outrossim, também os direitos fundamentais de nossa Constituição não radicam, em sua totalidade, ao menos não de forma direta, no princípio da dignidade da pessoa humana, havendo que reconhecer, nesse sentido, no mínimo relevantes distinções quanto ao grau desta vinculação,[187] questão sobre a qual voltaremos a nos manifestar.

[185] Cf. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 136-7.

[186] Sobre o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa Constituição, remetemos o leitor ao item IV, 4, deste Capítulo, onde aprofundamos o tema.

[187] Aqui, inobstante dirigida à Constituição da República portuguesa de 1976, há como se aproveitar a pertinente lição de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 101 e ss., para quem alguns direitos fundamentais constituem explicitações de 1º grau da ideia de dignidade da pessoa humana (vida, liberdade física e de consciência

Ainda nesse contexto, importa frisar que o caráter altamente compromissário de nossa Constituição, cujos reflexos também se fizeram sentir na esfera dos direitos fundamentais, resultou na impossibilidade de se identificar uma teoria (ideologia) dominante neste campo. Por derradeiro, também em nosso direito constitucional positivo não há como sustentar a ideia de um sistema distinto, no sentido de autônomo (independente), em relação ao restante do texto constitucional, seja no que concerne aos princípios fundamentais (dos quais podem ser deduzidos direitos fundamentais não escritos), seja no que concerne à parte organizacional, bem como em relação às ordens econômica e social, nas quais, aliás, se encontra sediada a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo.

Postas estas questões preliminares, há como concluir, desde já, que, em se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e autossuficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante.[188] Este entendimento se harmoniza, de outra parte, com a concepção, que hoje pode ser tida como dominante na doutrina, de que a própria Constituição constitui, na condição de estatuto jurídico fundamental (no sentido material e formal) da comunidade, e à medida que superada a doutrina liberal-burguesa da rígida separação entre Estado e sociedade,[189] um sistema aberto de regras e princípios,[190] questão essa que não cabe a nós aprofundar e que, por isso, vai aqui referida a título de pressuposto teorético para os efeitos de nosso estudo.

Se, por outro lado, é defensável – também entre nós – o ponto de vista de que existe uma unidade de sentido cultural, de cunho axiológico-normativo, na seara dos direitos fundamentais,[191] é problema que merece análise mais detida.

Tendo em vista que um certo grau de coerência interna é algo inerente à noção de sistema, é possível falar de uma unidade do sistema dos direitos fundamentais, que, todavia, como oportunamente lembra Vieira de Andrade, consiste numa unidade apenas relativa, fruto de uma convivência marcada pela necessidade de harmonização de posições jurídicas muitas vezes conflitantes entre si, uma vez que correspondentes a valores fundamentais distintos, ligados a situações historicamente localizadas, as quais, inobstante sejam resultado da luta histórica pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui o núcleo essencial de todas as reivindicações e do qual constituem explicitações de maior ou menor grau, não podem, nesse contexto, ser deduzidas diretamente "de um valor único (unicitário) – que assim se dividiria em frações de soma igual à unidade".[192]

etc.), ao passo que outros se revelam apenas uma decorrência destes direitos básicos, completando-os como explicitações de 2º grau, de acordo com as circunstâncias sociais, econômicas, políticas e ideológicas concretas de cada ordem constitucional. A respeito deste tópico v., ainda, o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 89 e ss.

[188] Nesse sentido, a lição de K. Stern, *in: HBStR V*, p. 63 e segs., e A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 153, que aponta, neste contexto, para a conexão entre o sistema dos direitos fundamentais e o princípio da soberania popular, que assumiria o papel de fundamento axiológico da legitimidade do sistema dos direitos fundamentais.

[189] Assim o entendimento de A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 150 e ss.

[190] Essa a posição, dentre tantos, de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 171 e ss.

[191] Tal o entendimento do jurista lusitano J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 106 e ss.

[192] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 108-9.

Independentemente da possibilidade de sustentar-se, relativamente aos direitos fundamentais da Constituição de 1988, a tese de que, na sua base, radica sempre (ainda que não exclusivamente) o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o fato é que a coerência interna do sistema dos direitos fundamentais encontra justificativa – para além de sua vinculação com um ou mais valores (princípios) fundamentais[193] – em referenciais fornecidos pelo próprio direito constitucional positivo. Nesse sentido, assume papel relevante a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF de 1988, de acordo com a qual todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos jurídicos. Apesar de inexistir norma constitucional destituída de eficácia jurídica, o fato é que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais diferencia – no sentido de uma juridicidade reforçada – essa categoria específica das normas constitucionais, outorgando-lhes, de tal sorte, uma qualidade comum e distintiva e que ainda teremos oportunidade de analisar com mais vagar no curso deste estudo.

Da mesma forma, há que fazer referência à especial proteção atribuída ao conjunto dos direitos fundamentais pelo fato de terem sido – ainda que não exclusivamente – guindados pelo Constituinte à condição de limites materiais à reforma constitucional, incluídos que foram nas assim chamadas "cláusulas pétreas" (art. 60, § 4º, IV) de nossa Lei Fundamental. Os indicadores referidos demonstram, portanto, mesmo que se queira negar a existência de um autêntico sistema dos direitos fundamentais em nossa Constituição, que, no mínimo, há como sustentar – na esteira de Klaus Stern – uma convergência sistêmica (*Systemkonvergenz*)[194] nessa seara, com reflexos imediatos no que concerne à sua concretização, aplicação e interpretação.

Com base no exposto, verifica-se que, além de no mínimo uma relativa unidade de conteúdo (ou, se quisermos, do reconhecimento de certos elementos comuns), o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como sua proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador, podem ser considerados elementos identificadores da existência de um sistema de direitos fundamentais também no direito constitucional pátrio, caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra. É justamente sua autonomia relativa que determina a maneira pela qual se inter-relaciona o sistema dos direitos fundamentais com o restante da Constituição, de modo especial com sua parte orgânica e com os dispositivos da ordem econômica e social. Em que pese a posição privilegiada (inclusive no que concerne à sua força jurídica) ocupada pelos direitos fundamentais na Constituição, de tal sorte que se sustenta até mesmo a máxima hermenêutica de uma interpretação (das normas constitucionais e infraconstitucionais) em harmonia com os direitos fundamentais,[195] não há,

[193] No mínimo há como sustentar, na trilha de K. Stern, *in*: HBStR V, p. 64, a possibilidade de se detectar certo grau de identificação ou afinidade teleológica (*teleologischer Gemeinsamkeit*) entre os direitos fundamentais, na medida em que baseados em determinadas noções fundamentais que os vinculam e que lhes são inerentes, isto é, na medida em que apresentam certos elementos comuns.

[194] Cf. K. Stern, *in*: *HBStR V*, p. 63.

[195] Sobre a máxima hermenêutica da interpretação conforme os direitos fundamentais, v. especialmente J.J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos*, p. 143-4. Entre nós, desponta a magnífica contribuição de P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 532 e ss., recomendando-se a leitura de todo o capítulo sobre a interpretação dos direitos fundamentais. Especificamente sobre a problemática da interpretação dos direitos fundamentais, v. também A.E. Pérez Luño, *Derechos Humanos*, p. 284 e ss.

a evidência, como reconhecer uma relação pautada pela diferença hierárquica entre estes e as demais normas constitucionais originárias, já que inviável a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais.

A posição dos direitos fundamentais – que não podem ser considerados uma espécie de super-codificação[196] – relativamente ao restante da ordem constitucional deve, nesse contexto, ser analisada à luz do princípio da unidade da Constituição,[197] resolvendo-se os inevitáveis conflitos por meio dos mecanismos de ponderação e harmonização dos princípios em pauta. Cumpre lembrar, nesse contexto, a preciosa lição do mestre gaúcho Juarez Freitas, no sentido de que – a despeito de inexistirem normas constitucionais originárias inconstitucionais – uma interpretação sistemática implica, necessariamente, uma hierarquização dos valores em pauta, sem que disto resulte a exclusão de um valor constitucional em detrimento de outro.[198]

4.2. A nota da "fundamentalidade" formal e material dos direitos fundamentais na Constituição de 1988

Como já frisado alhures, intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade, que, de acordo com a lição do jusfilósofo alemão Robert Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, "aponta para a especial dignidade e protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material".[199] A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio:[200] a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – nesse sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*;[201] b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60

[196] Essa a ressalva de K. Stern, *in: HBStR V*, p. 56, arrimado em lição de Ulrich Scheuner.

[197] Neste contexto, cumpre frisar, com base na lição de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 94-5, que as normas constitucionais que versam sobre a organização econômica, social e política podem ser consideradas, de certa forma, ao mesmo tempo garantias e condições de efetivação dos direitos fundamentais, sem que com estes, no entanto, venham a se confundir, já que uma diluição dos direitos fundamentais na organização estatal importaria em desvirtuar e corromper o seu sentido. Importa acrescentar, outrossim, que tal conclusão não afasta a possibilidade de identificação de normas consagradoras de direitos fundamentais fora do catálogo, inclusive na parte organizatória da Constituição, tal como ocorre com relativa frequência no direito constitucional pátrio (v., Nesse sentido, o item 4, infra).

[198] Cf. J. Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, p. 138 e ss. e 184 e ss., onde apresente original e sugestivo decálogo norteador da atividade hermenêutica, além de apontar para o fato de que uma interpretação sistemática implica sempre uma hierarquização axiológica, que, por sua vez, se encontra intimamente ligada ao princípio da unidade da Constituição. Nessa mesma linha situa-se a importante contribuição de A. Pasqualini, *Hermenêutica e Sistema Jurídico*, p. 57 e ss.

[199] J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 509.

[200] Entre nós, v., por último, aderindo a essa concepção, G. Marmelstein, *Curso de Direitos Fundamentais*, p. 17.

[201] Nesse sentido, destacando o caráter supralegal dos direitos fundamentais e bem lembrando que embora apenas existam direitos fundamentais constitucionais nem todos os direitos constitucionais são fundamentais, v. J.J. Solozábal Echavarría, "Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales", *in*: *Revista Jurídica da Universidade Autônoma de Madrid*, nº 4 (2001), p. 107.

da CF),[202] cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de *direitos pétreos*,[203] muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, o que será objeto de análise na parte final desta obra; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal,[204] ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais, aspecto do qual voltaremos a nos ocupar de forma mais detida no próximo capítulo.

Importa considerar, ainda com relação à nota da fundamentalidade dos direitos fundamentais, que somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. É, portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais.[205] Igualmente problemática – no mínimo pelas razões já apontadas – parece-nos a adoção da proposta formulada por Ferrajoli, que advoga uma definição formal de direitos fundamentais embasada única e exclusivamente no critério da titularidade universal, prescindindo da natureza dos interesses e necessidades tutelados, de tal sorte que fundamentais seriam aquelas direitos subjetivos que correspondem universalmente a

[202] O fato de os direitos fundamentais constituírem "cláusulas pétreas", revela que a fundamentalidade formal, neste contexto, assume uma dimensão simultaneamente material. Com efeito, o aspecto formal diz com a proteção do texto constitucional (onde se encontram positivadas os direitos) contra uma supressão pelo poder reformador. A proteção, contudo, é outorgada em virtude da fundamentalidade material dos bens e valores protegidos.

[203] Cf. J. P. Martins Neto, *Direitos Fundamentas. Conceito, Função e Tipos*, p. 87 e ss.

[204] Aqui, seguiu-se a lição de J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 509, baseada em R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 473-5. Cabe ressaltar aqui a referência do próprio Alexy no sentido de que o fato de as decisões sobre o conteúdo das normas de direitos fundamentais incluírem também decisões sobre a estrutura normativa fundamental do Estado e da sociedade decorre do objeto da regulamentação. Assim, verifica-se que questões ligadas à liberdade e igualdade não são questões ligadas apenas a setores parciais do Direito, mas, sim, que se refletem em todo o sistema jurídico, surgindo em todas as suas ramificações, de tal sorte que o problema de sua solução no âmbito de cada setor isoladamente considerado não se apresenta como questão específica, mas, sim, como questão de natureza fundamental (*Theorie der Grundrechte*, p. 475).

[205] Na formulação de K. Hesse, *Grundzüge*, p. 125, que, no entanto, se refere ao direito constitucional alemão, no qual também está prevista expressamente a existência de direitos fundamentais fora do catálogo, inobstante o conceito material de direitos fundamentais subjacente à Lei Fundamental de 1949 apresente aspectos em grande parte diversos do caso brasileiro.

todos os seres humanos.[206] Tal concepção, examinada à luz da Constituição de 1988, acabaria por excluir uma série de posições jurídicas que o ilustre jusfilósofo italiano considera não serem fundamentais, por terem caráter eminentemente patrimonial (Ferrajoli distingue os direitos fundamentais dos direitos patrimoniais[207]), mas que por decisão expressa do nosso Constituinte integram o elenco dos direitos e garantias fundamentais do título II da nossa Carta Magna. Apenas em caráter ilustrativo, basta que se analise a garantia e direito fundamental da propriedade privada para que se verifique que, a despeito de uma possível dimensão exclusivamente patrimonial (que mesmo assim poderia ser tida como fundamental) a propriedade encerra muitas vezes, notadamente em cumprindo a sua função social, um conteúdo existencial e vinculado diretamente à própria dignidade da pessoa, como ocorre, por exemplo, com o imóvel que serve de moradia ao titular do domínio.[208]

O desafio que a problemática da conceituação dos direitos fundamentais suscita vem ocupando a doutrina praticamente desde que o renomado – embora justamente controverso em virtude de sua aproximação com o regime nacional-socialista alemão – publicista alemão Carl Schmitt, entre outros expoentes da teoria e dogmática constitucional do período entre as duas guerras mundiais, clarificou a distinção entre Constituição em sentido material e formal. Qualquer conceituação – e são inúmeras as definições que aqui poderiam ser citadas – de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada. É preciso ter em mente, portanto, que um conceito satisfatório somente poderia ser obtido com relação a uma ordem constitucional concreta, o que apenas vem a confirmar a correção da afirmação feita por Javier Jiménez Campo, ao sustentar que uma conceituação de direitos fundamentais (que encontram vinculação necessária – também para o autor – com uma determinada Constituição) exige tanto uma determinação hermenêutica quanto uma construção dogmática vinculada ao contexto constitucional vigente.[209] Com efeito, o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não o ser da mesma forma. Todavia, não há como desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais no que diz com a sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Contudo, mesmo estes devem ser devidamente contextualizados, já que igualmente suscetíveis de uma valoração distinta e condicionada pela realidade social e cultural concreta.

No que diz com, ainda, com o sentido da nota distintiva da fundamentalidade de determinados direitos (em relação a outros, que não foram expressa ou mesmo implicitamente albergados pela Constituição), é preciso enfatizar que, no sentido jurídico-constitucional, um determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesma (por mais importante que o seja), mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acom-

[206] Cf. L. Ferrajoli, *Derechos y Garantias...*, p. 37 e ss., onde o autor ainda desenvolve toda uma tipologia dos direitos fundamentais que aqui não iremos analisar.

[207] Cf. L. Ferrajoli , *Derechos y Garantías...*, p. 45 e ss.

[208] Sobre o conteúdo em dignidade da pessoa humana da propriedade, v. a notável contribuição de L. E. Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[209] Cf. J. Jiménez Campo, *Derechos Fundamentales. Concepto y Garantias*, p. 19.

panhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais.[210] É por essa razão que, na esteira do que já foi frisado, o direito à saúde (assim como os demais direitos sociais do art. 6º) é um direito fundamental na Constituição brasileira de 1988, mas não o é (a despeito de ninguém questionar a fundamentalidade da saúde para a vida e dignidade da pessoa) na Constituição Espanhola de 1978, pois naquela ordem constitucional não lhe é assegurado o regime jurídico equivalente aos direitos fundamentais (o que não impede que na esfera dos direitos fundamentais haja peculiaridades a considerar) ainda que haja importantes desenvolvimentos no que diz com o reconhecimento de eficácia e aplicabilidade aos assim designados princípios diretivos da ordem social. Pela mesma razão, apenas para ilustrar com mais um exemplo, há Constituições, como novamente é o caso da brasileira, que asseguram aos direitos dos trabalhadores a sua fundamentalidade, sabendo-se que outras ordens constitucionais não seguem essa mesma orientação, assegurando, e mesmo com variações importantes, proteção estritamente legal a tais direitos. Isto não significa dizer, como temos insistido, que seja possível reduzir a noção de direitos fundamentais a um conceito meramente formalista ou mesmo nominal, como sendo apenas os direitos expressamente consagrados como tais, o que nos leva ao tema da abertura material do catálogo de direitos, que será desenvolvido logo mais adiante.

Especificamente no que tange ao direito pátrio, a construção de um conceito ao mesmo tempo formal e material dos direitos fundamentais passa inevitavelmente pela análise do alcance e significado do art. 5º, § 2º, da CF, razão pela qual remetemos o leitor ao próximo capítulo. O que se pretende, como já frisado alhures, é – além do aspecto terminológico já definido – traçar as linhas-mestras de um conceito constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais.

Importa considerar, ainda, que uma conceituação de cunho genérico e universal somente parece viável, à medida que propositalmente aberta, de modo a permitir a sua permanente adaptação à luz do direito constitucional positivo. Assim sendo, poderíamos propor a seguinte definição, baseada – importa ressaltá-lo – no conceito de Robert Alexy, mas que não deixa de considerar a abertura material consagrada expressamente pelo direito constitucional positivo pátrio. Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).[211] De resto, uma conceituação de cunho descritivo e que contenha referenciais indicativos do efetivo conteúdo dos direitos fundamentais somente parece viável à luz do direito positivo e após identificados os elementos constitutivos da matéria dos direitos fundamentais, tarefa com a qual nos ocuparemos no próximo capítulo, que versa sobre a abertura material do catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais.[212]

[210] Cf. também o magistério de F. J. Bastida Freijedo, *in*: *Teoría General de los Derechos Fundamentales...*, cit., p. 30-33, cuidando do que designa de fundamentalidade "interna" (jurídica) dos direitos fundamentais, destacando, ainda, que, na perspectiva estritamente jurídico-positiva, os direitos fundamentais possuem essa qualidade independentemente de quem é seu titular e de qual a estrutura na qual estão articulados os direitos, o que, de resto, não implica que os direitos fundamentais tenham uma determinada estrutura jurídica.

[211] Para R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 407, os direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário ("Grundrechte des Grundgesetzes sind Positionen, die vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus so wichtig sind, dass ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlasse werden kann"). Tendo em vista a distinção por nós traçada entre direitos humanos e direitos fundamentais, é de ressaltar, neste particular, a circunstância de que uma conceituação de direitos humanos, no sentido de posições jurídicas outorgadas a todos os homens de todos os lugares (na esfera do direito internacional), deve, necessariamente, ter um caráter universal e, ao menos em princípio, desvinculado do direito constitucional positivo de determinado Estado, ainda que a este seja, parcial ou integralmente, aplicável em face da possível coincidência entre o elenco dos direitos humanos e o dos direitos fundamentais, ou do reconhecimento, por parte da ordem constitucional estatal, de sua vigência e eficácia no âmbito da ordem jurídica interna. Nesse sentido, no que concerne à conceituação de direitos humanos, remetemos o leitor à prestigiada definição do jurista espanhol A.E. Perez Luño, o qual, contudo, reconhece que sua definição também não possui o condão de fornecer resposta satisfatória para todos os problemas que suscita a questão da conceituação dos direitos humanos (*Derechos Humanos*, p. 51). De acordo com a formulação do referido doutrinador, "os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional" (*Derechos Humanos*, p. 48). Ainda no que concerne à conceituação de Perez Luño, importa frisar a circunstância de que essa abrange tanto a dimensão internacional (dos direitos humanos), quanto a nacional (dos direitos fundamentais), de acordo com a distinção que optamos por adotar para efeitos desta investigação. Por outro lado, convém registrar que a referência feita ao termo pessoas, como titulares dos direitos fundamentais, não implica – ao contrário do que sugere P. de Tarso Brandão, "Reflexões sobre a flexibilidade dos direitos fundamentais", *in*: *O Direito e o Futuro e o Futuro do Direito*, p. 518 e ss. (realizando, neste particular, uma leitura equivocada do nosso pensamento) – a exclusão da dimensão transindividual, coletiva e institucional dos direitos fundamentais, incluindo a titularidade por parte de pessoas jurídicas (e até mesmo de entes sem personalidade jurídica), como, de resto, já se evidencia pelo reconhecimento da abertura material, multifuncionalidade e multidimensionalidade dos direitos fundamentais. Sobre a titularidade dos direitos fundamentais e sua interpretação inclusive, remetemos ao capítulo 6 da presente obra.

[212] De outra parte, é preciso ter em mente a circunstância de que tão somente em uma Constituição onde os direitos fundamentais tenham sido taxativamente enumerados – o que não é o caso da Constituição brasileira –, a busca de critérios definidores do conceito material de direitos fundamentais não teria o condão de apresentar resultados práticos, uma vez que todos os direitos do catálogo – e somente estes – gozariam do *status* da fundamentalidade formal, ficando subentendida sua fundamentalidade no sentido material, e isto por mais que determinado dispositivo não corresponda ao que consensualmente se considera materialmente fundamental, inexistindo, portanto, espaço para direitos materialmente fundamentais fora do catálogo e da Constituição. Afora essa hipótese, inaplicável ao direito pátrio, é preciso levar em conta que, por menos que determinado direito fundamental positivado no catálogo corresponda às exigências da dignidade, liberdade e igualdade, encontra-se ele protegido e juridicamente equiparado aos direitos fundamentais que preenchem o requisito da fundamentalidade material (ao menos, aquilo que se considera como tal), a não ser no caso de o Constituinte ter previsto um regime jurídico diferenciado para os direitos constantes do catálogo e os situados fora desse e da Constituição. De qualquer modo, essa temática – aqui meramente anunciada – será retomada no próximo capítulo.

4.3. O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro

4.3.1. Significado e alcance do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988: noções preliminares

A regra do art. 5º, § 2º, da CF de 1988 segue a tradição do nosso direito constitucional republicano, desde a Constituição de fevereiro de 1891, com alguma variação, mais no que diz com a expressão literal do texto do que com a sua efetiva *ratio* e seu *telos*.[213] Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA de 1791,[214] e tendo, por

[213] Desde a Constituição de 1891 (art. 78) e sem exceções nas Cartas que a sucederam, a tradição foi mantida na Constituição vigente. Assim, nas Constituições de 1934 (art. 114), 1937 (art. 123), 1946 (art. 144), 1967 (art. 150, § 35) e na Emenda nº 1 de 1969 (art. 153, § 36).

[214] Sobre o sentido e alcance da IX Emenda, v., por todos, D. Farber, *Retained by the people*, New York, 2007.

sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial a Constituição portuguesa de 1911 [art. 4º]),[215] a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo.[216] Nesse contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo. A regra, por outro lado, encontra semelhante formulação na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1),[217] assim como nas Constituições da Argentina (art. 33),[218] do Peru (art. 4º), da Guatemala (art. 44) e da Venezuela (art. 50), apenas para citar algumas das ordens constitucionais mais próximas de nós.[219]

A doutrina pátria vem dedicando-se ao tema, restringindo-se, contudo (e no mais das vezes), a citar a regra, mencionando sua função hermenêutica, além de consagrar, entre nós, o reconhecimento de direitos fundamentais "implícitos" e/ou "decorrentes", sobre o que ainda teremos oportunidade de nos manifestar. Neste sentido, é lição pacífica da doutrina que a regra citada implica a impossibilidade de aplicar-se o tradicional princípio hermenêutico do *inclusio unius alterius est exclusius*, o que, em outras palavras, significa que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido, doutrina esta que se encontra perfeitamente sedimentada em toda a história do constitucionalismo republicano, mas que, nem por isso (e talvez por isto mesmo), dispensa outros desenvolvimentos.[220] Os comentários à Constituição atual – em que pese o seu inegável valor – não dedicaram muita atenção a este tema, chegando, em alguns casos, a não referir exemplos, o que encontra justificativa principalmente no caráter analítico do rol de direitos fundamentais positivados em nossa atual Carta.[221]

[215] Assim a lição de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 539.

[216] V. também J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 539. Sobre o tema, no direito lusitano, *v.* a obra específica de J. B. Gouveia, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, Lisboa, 1995.

[217] A este respeito, veja-se J. Miranda, *in*: RDA nº 199 (1995), p. 16, que, referindo-se ao art. 16/1 da Constituição de Portugal, nos fala de uma "cláusula aberta" ou de "não tipicidade", entendimento este que já havia proposto no seu *Manual IV*, p. 152. Entre nós, há quem prefira utilizar a expressão "lista aberta", referindo-se ao princípio da abertura material, como é o caso de D. H. Ribeiro, "O permanente Reconhecimento dos Direitos Fundamentais," *in*: AJURIS nº 79 (2000), p. 96 e ss., bem lembrando a inserção dos direitos fundamentais e do seu reconhecimento no âmbito do processo histórico.

[218] Segundo reza este dispositivo, acrescido à Constituição argentina na Reforma de 1860, "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del princípio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

[219] Além dos exemplos citados, vale referir também a experiência germânica, onde, além de norma expressa reconhecendo a alguns direitos e garantias significado análogo aos direitos fundamentais do catálogo (art. 93, inc. I, nº 4, da Lei Fundamental), a doutrina e a jurisprudência vêm aceitando alguns desenvolvimentos com base no art. 2º da Lei Fundamental (direito geral da personalidade), que assim também exerceria função similar à do nosso art. 5º, § 2º. Também na Espanha, doutrina e jurisprudência constitucional têm reconhecido uma abertura do catálogo, remetendo-se aqui, dentre tantos, aos desenvolvimentos e exemplos da autoria de G. C. Villar, "El sistema de los derechos...", p. 45 e ss.

[220] Nesse sentido, por exemplo, apenas para citar alguns dos mais eminentes tratadistas que cuidaram do tema desde a Constituição de 1891, J. Barbalho, *Constituição Federal Brasileira*, p. 344; R. Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. VI, p. 263 e ss.; C. Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 775 e ss.; A. P. Falcão, *Constituição Anotada*, vol. II, p. 253 e ss.; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967* (com a Emenda nº 1, de 1969), vol. V, p. 658 e ss; M. G. Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III, p. 136 e ss.

[221] No que diz com a Constituição vigente, C.R. Bastos e I.G. Martins, em seus *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, p. 395, referiram a dificuldade de se encontrarem exemplos de direitos fundamentais que se enquadrem na hipótese do art. 5º, § 2º, da CF. Ainda na vigência da Constituição de 1967(69), foram citados alguns exemplos,

Na jurisprudência, todavia, há que registrar algum avanço. Aqui, apenas a título ilustrativo, cumpre referir a mais ou menos recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, publicada no Diário de Justiça da União em 18 de março de 1994 e relatada pelo eminente Ministro Sydney Sanches, na qual se discutiu a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3-93 e da Lei Complementar nº 77-93, no que diz com a criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira). Nessa demanda, além de outros relevantes aspectos, reconheceu-se expressamente que o princípio da anterioridade, consagrado no art. 150, inc. III, alínea *b*, da CF constitui, por força do art. 5º, § 2º, da Lei Maior, autêntico direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte, consagrando, assim, o princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da nossa Constituição.[222]

Importante, nesse contexto, é a constatação de que o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a ideia de que o direito constitucional brasileiro (assim como o lusitano) aderiu a certa ordem de valores e de princípios, que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do Constituinte, mas que também encontra respaldo na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo.[223] Apesar da viabilidade de uma incursão pela seara do direito natural, que, contudo, refoge aos limites do presente estudo, é preciso ter como certo que a construção de um conceito material de direitos fundamentais (assim como da própria Constituição) somente pode ser exitosa em se considerando a ordem de valores dominante (no sentido de consensualmente aceita pela maioria), bem como as circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional.[224]

A distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não tem sido objeto de muitos estudos e grandes divergências doutrinárias, ao menos no âmbito da literatura luso-brasileira. De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo).[225] Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.[226] Relembre-se aqui, por oportuna, a vinculação da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição com a dupla nota da fundamentalidade ao mesmo tempo

tais como os direitos à honra, à intimidade e à identidade. Nesse sentido, dentre outros, v. R. Russomano, *Curso de Direito Constitucional*, p. 414 e ss. Um dos exemplos mais contundentes, o da presunção de inocência, foi referido pelo hoje Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro J.C. de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, p. 491. Também C. A. Mello, "o § 2º do art. 5º da Constituição Federal", *in:* R. L. Torres (org.), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 1 e ss., alerta para o pouco desenvolvimento do tema na ordem constitucional pátria.

[222] A decisão citada foi extraída do periódico LEX (JSTF) nº 186, p. 69 e ss.

[223] Assim o entendimento de J. Miranda, *in*: RDP nº 82, p. 7.

[224] Também aqui nos socorremos da lição de J. Miranda, Manual IV, p. 9 e ss.

[225] Cf. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 125.

[226] Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 539 e ss. V. também J. Miranda, *in*: RDP nº 82 (1987), p. 6 e ss. Essa definição (conjugando-se o aspecto formal e o material) identifica-se com a que propusemos ao abordar o tema da fundamentalidade material e formal dos direitos fundamentais.

formal e material inerente à noção de direitos fundamentais que tomamos como referencial neste estudo.

Em princípio, com base no entendimento subjacente ao art. 5°, § 2°, da CF, podemos, desde logo, cogitar de duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional), devendo ser referida a respeitável doutrina que advoga a existência de uma terceira categoria, a dos direitos apenas formalmente fundamentais.[227] Nesse contexto, há que atentar para a diversidade de aspectos controversos decorrentes de uma análise mais detida da problemática da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais em nossa Constituição e que, portanto, devem merecer nossa atenção.

Sem qualquer pretensão de esgotar o espectro temático com o qual nos deparamos, é de se referir que a doutrina ainda não se encontra completamente pacificada no que diz com posição assumida pelos direitos materialmente fundamentais (de modo especial os que não encontram assento na Constituição formal) com relação aos direitos do catálogo, isto é, se podem, ou não – e de que maneira –, ser equiparados no que tange ao seu regime jurídico. Para que a nossa posição fique desde logo consignada, com o intuito de afastar qualquer incompreensão, partiremos do pressuposto que a abertura material do sistema dos direitos fundamentais, que, de resto, reclama a identificação de um conceito material de direitos fundamentais, exige um regime jurídico-constitucional privilegiado e em princípio equivalente ao regime dos direitos fundamentais expressamente consagrados como tais pelo Constituinte.[228]

Outra questão crucial decorrente da abertura material do catálogo reside na dificuldade em identificar, no texto constitucional (ou mesmo fora dele), quais os direitos – e aqui deixamos de adentrar o terreno espinhoso da conceituação do termo "direitos" – que efetivamente reúnem as condições para poder ser considerados materialmente fundamentais. Ponto que igualmente merece destaque é o que diz respeito às fontes dos direitos fundamentais fora do catálogo, que, ao menos em princípio, podem ter assento em outras partes do texto constitucional ou residir em outros textos legais nacionais ou internacionais. Além disso, há que considerar a problemática da abrangência da regra, visto que topograficamente situada no capítulo dos direitos individuais e coletivos, sendo, no mínimo, prudente a indagação a respeito da viabilidade de sua extensão aos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, comumente e genericamente denominados de direitos sociais. Tentaremos, portanto,

[227] A respeito deste critério de classificação, consulte-se J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 78 e ss., que justamente defende a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, que seriam os constantes no catálogo, mas que, por sua substância e importância não se enquadram no conceito material de direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que Vieira de Andrade parte de uma presunção de materialidade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Posição semelhante é apresentada por J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 539 e ss. Também advogando a vinculação da materialidade fundamental ao critério da essencialidade, bem como admitindo a existência de direitos apenas formalmente constitucionais, v. a mais recente contribuição, na doutrina lusitana, de P. Ferreira da Cunha, *Teoria da Constituição II – Direitos Humanos, Direitos Fundamentais*, p. 261-2.Em sentido diverso, J. Miranda, *Manual IV*, p. 9, que defende o ponto de vista de acordo com o qual todos os direitos fundamentais em sentido formal (integrantes do catálogo) também são materialmente fundamentais, posição, aliás, que nos parece a mais adequada. Todavia, ainda que se aceite a tese de Vieira de Andrade, o fato de existirem direitos apenas fundamentais em sentido formal não autoriza que sejam tratados de forma diversa, visto que continuam protegidos pelo mesmo regime jurídico dos demais, de tal sorte que a distinção, neste contexto, se revela destituída de maior importância prática.

[228] Nesse sentido, v., entre outros, J. R. Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 47-48.

enfocar (respeitando os limites da presente abordagem) cada um desses aspectos, iniciando pelo ponto que nos parece o primeiro, qual seja, o da abrangência da norma contida no art. 5°, § 2°, da CF de 1988, aspecto vinculado à necessária identificação e permanente (re) construção de um conceito material e constitucionalmente adequado de direitos fundamentais.

4.3.2. Abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Carta da 1988

É inquestionável que a abertura material do catálogo abrange os direitos individuais, considerados como tais e para os efeitos deste trabalho os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado, isto é, centrados numa atitude de abstenção dos poderes públicos, o que pode ser deduzido tanto da expressão literal da norma, quanto da sua localização no texto.[229] Que a citada norma igualmente abrange os chamados direitos sociais, identificados como direitos essencial e preponderantemente dirigidos a prestações positivas do Estado, sejam normativas ou fáticas,[230] pode ser inferido basicamente das seguintes constatações. Em primeiro lugar, da expressão literal do art. 5°, § 2°, da CF, que menciona, de forma genérica, os "direitos e garantias expressos nesta Constituição", sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto. Em segundo lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regrados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e, com particular relevo, na Constituição alemã de 1919 (Constituição de "Weimar"). Da mesma forma, virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que – a despeito da diversa estrutura normativa e de suas consequências jurídicas – ambos os "grupos" de direitos se encontram revestidos pelo manto da "fundamentalidade". Por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no capítulo I do Título II não pode prevalecer diante de uma interpretação que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo.

Além destes argumentos, encontramos a norma do art. 6° da CF, que enuncia os direitos sociais básicos (educação, saúde, trabalho etc.), encerrando com a expressiva formulação "na forma desta Constituição", deixando, portanto, em aberto a possibilidade de se considerarem incluídos, no âmbito dos citados direitos sociais, alguns outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional, nomeadamente os insertos nos títulos "Da Ordem Econômica" e da "Ordem Social". Da mesma forma,

[229] Utilizamos, neste contexto, a expressão "direitos individuais" apenas para ficarmos fiéis à terminologia do Constituinte, inobstante estejamos cientes de que sob a rubrica "direitos individuais" estão sendo considerados, em princípio, os tradicionais direitos fundamentais de liberdade e igualdade, também denominados de direitos-defesa.

[230] Aqui estamos aderindo a um dos mais consagrados critérios de distinção entre os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, habitualmente também denominados de direitos individuais (de cunho negativo, visto que dirigidos a abstenções do Estado) e os assim chamados direitos sociais, tidos como direitos primordialmente dirigidos a prestações estatais positivas. Essa distinção, inclusive sob o ponto de vista terminológico, encontra-se sujeita a críticas e carece de adaptação ao direito positivo, de modo especial em face das peculiaridades apresentadas pela CF de 1988. Por estes motivos, há que tê-la aqui por mero ponto de referência. Outrossim, remetemos o leitor ao próximo capítulo, no qual nos ocupamos do problema da classificação dos direitos fundamentais em nossa Constituição.

verifica-se que a regra do art. 7º, cujos incisos especificam os direitos fundamentais dos trabalhadores, prevê expressamente, em seu *caput* ("São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social"), a abertura a outros direitos similares, inclusive sem restrição quanto à origem. Aliás, na doutrina nacional já foi virtualmente pacificado o entendimento de que o rol dos direitos sociais (art. 6º) e o dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º) são – a exemplo do art. 5º, § 2º, da CF – meramente exemplificativos,[231] de tal sorte que ambos podem ser perfeitamente qualificados de cláusulas especiais de abertura.

Também não pode ser olvidado que a nossa República se apresenta como um Estado social e democrático de Direito,[232] cujos contornos básicos se encontram ancorados no preâmbulo, nas normas dos arts. 1º a 4º da CF (Princípios Fundamentais), pela consagração expressa de um catálogo de direitos fundamentais sociais (arts. 6º a 11) e em face dos princípios norteadores dos títulos que versam sobre as ordens econômica e social (arts. 170 e 193), isto sem falar nas diversas normas concretizadoras destes princípios que se encontram dispersas pelo texto constitucional. Já por este motivo, a existência de direitos sociais fundamentais não poderia ser sumariamente desconsiderada, visto que inerente à natureza e substância de um Estado social. Nesse sentido, especialmente valiosa a contribuição do mestre de Lisboa Jorge Miranda,[233] que, além de acentuar a relação dos direitos sociais com as exigências de um Estado Social, leciona que a existência de direitos sociais materialmente fundamentais, mesmo localizados fora da Constituição, não conduz necessariamente a restrições no campo das liberdades individuais, de modo especial quando os direitos sociais constituem importante instrumental para um intensivo e eficaz exercício das liberdades e alavanca para a concretização da igualdade material. Na esteira desta argumentação há, além disso, como afirmar-se que também os assim denominados direitos políticos (ou direitos da cidadania) se encontram abrangidos pelo princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais. Também eles integram o rol do Título II e gozam da mesma dignidade fundamental material e formal. Além disso, encontram sua vertente direta no princípio democrático consagrado por nossa Carta (art. 1º, *caput* e incs. I, II e V).

Por derradeiro, a já apontada não taxatividade (no sentido de uma abertura material) do Catálogo de direitos fundamentais resulta inequivocamente, como bem lembrou Juarez Freitas, da circunstância de que o artigo 5º, § 2º, da CF, encerra uma autêntica norma geral inclusiva, impondo até mesmo o dever de uma interpretação sintonizada com o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem,[234] em que pese – e o registro é necessário – o fato de essa não ter as características de um tratado (convenção) internacional e, portanto, não poder ser tratada exatamente do mesmo modo, seja em virtude de sua vinculatividade, seja em face da referência expressa dos tratados internacionais efetuada pelo citado dispositivo constitucional. Nessa quadra,

[231] A este respeito, v. M.G. Ferreira Filho, *Comentários à Constituição de 1988*, vol. I, p. 89 e 92, segundo o qual os róis dos arts. 6º e 7º da CF são meramente exemplificativos. No mesmo sentido, v. P. Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º vol., p. 222.

[232] A respeito da caracterização do Estado brasileiro, tal como plasmado na Constituição de 1988, como autêntico Estado Social (ou Estado democrático e social de Direito), v., dentre outros, P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 336 e ss. Nesse sentido também, embora com ligeira divergência quanto à terminologia, J.A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 102-3.

[233] Jorge Miranda, *Manual IV*, p. 154 e ss.

[234] Cf. J. Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., p. 206-12.

assume relevo a lição de Menelick de Carvalho Netto, o artigo 5º, § 2º, da nossa Carta Magna traduz a noção de que a Constituição de apresenta como "a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais".[235] Nesse mesmo contexto, partindo da premissa de que os direitos fundamentais são variáveis no "espaço" e no "tempo", a necessária abertura do catálogo constitucional de direitos conexiona-se, como leciona Cristina Queiroz, com a circunstância de que assim como inexiste um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe um rol fechado dos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes,[236] não sendo à toa, portanto, que já se afirmou que "não há *um fim da história* em matéria de direitos fundamentais".[237] Nessa mesma linha, vale colacionar a lição de Laurence Tribe, advogando que a IX Emenda (da Constituição dos EUA) contém uma regra de interpretação, já que a omissão de uma previsão formal no texto constitucional não implica necessariamente a impossibilidade do reconhecimento de determinado direitos fundamental, precisamente em face da não exaustividade (inclusividade) do catálogo constitucional.[238] De qualquer modo, a despeito da possibilidade de se aprofundar aqui o tema da abrangência da regra do art. 5º, § 2º, da CF, parece-nos que os argumentos deduzidos são suficientemente idôneos a sustentar o ponto de vista adotado. Problema completamente distinto – e aí encontraremos reais dificuldades – é o da identificação do conteúdo do conceito material dos direitos fundamentais, bem como dos critérios referenciais para a localização destes direitos na Constituição e fora dela.

4.3.3. Contornos de um conceito material de direitos fundamentais na Constituição

4.3.3.1. Considerações preliminares

Apesar da quase unanimidade que milita no seio da doutrina sobre a abertura material do catálogo de direitos fundamentais na CF de 1988, constata-se a existência de uma autêntica lacuna, no sentido de uma ausência de propostas com relação à definição do conteúdo de um conceito substancial de direitos fundamentais calcado em nosso direito constitucional positivo. Como se cuida, consoante já demonstrado, de campo relativamente inexplorado entre nós, mas de intrínseca relação com o objeto de nossa investigação, tentaremos traçar, ao menos, algumas considerações que – em que pese seu cunho necessariamente genérico – talvez possam servir de referencial para eventual desenvolvimento posterior na doutrina e na jurisprudência.

Antes de adentrarmos o exame propriamente dito dos critérios de identificação da fundamentalidade material, impõe-se breve exame do leque de opções que nos oferece o art. 5º, § 2º, da nossa Carta Magna, análise que se faz necessária até mesmo

[235] Cf. M. de Carvalho Netto, "A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais", *in*: J.A. Sampaio (Org), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 154.

[236] Cf. C. M.M. Queiroz, *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, p. 49.

[237] Cf. a dicção de R. Medeiros, "O estado de direitos fundamentais português: alcance, limites e desafios", *in*: *Anuário Português de Direito Constitucional* vol. II, 2002, p. 25 (grifo do autor).

[238] Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, p. 34/5. Sobre o tema, v., ainda, do mesmo autor, o recente e instigante *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, 2008, especialmente, p. 145 e ss., onde examina aspectos relativos a IX emenda. Entre nós, colacionando exemplos da jurisprudência norte-americana no campo dos direitos implícitos, v., por último, E. Appio, *Direitos das Minorias*, São Paulo: RT, 2008, p. 95 e ss.

pela redação do dispositivo. Nesse contexto, há que levar em conta a categoria dos assim denominados "direitos implícitos", de acordo com a formulação consagrada pela nossa doutrina e que deve ser considerada em nossas ponderações em torno do significado e alcance do art. 5°, § 2°, da nossa Lei Fundamental. Tomando-se, a título exemplificativo, a conceituação de José Afonso da Silva, verifica-se que este renomado publicista distingue (ao lado dos direitos individuais expressos) os direitos implícitos, que seriam aqueles subentendidos nas regras das garantias fundamentais, dos direitos individuais decorrentes do regime e dos constantes nos tratados internacionais e que (ao contrário dos implícitos) não se encontram expressa ou implicitamente enumerados.[239]

Esta aparente distinção (entre direitos implícitos e decorrentes) nos revela parte das indagações que suscita a exegese do art. 5°, § 2°, da nossa Carta. Ao contrário da Constituição portuguesa (art. 16/1), que, no âmbito da abertura material do catálogo, se limita a mencionar a possibilidade de outros direitos fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos "decorrentes do regime e dos princípios", evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do "catálogo", bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema. Assim, sob pena de ficar desvirtuado o sentido da norma, cumpre reconhecer – a despeito de todas as dificuldades que a questão suscita – que, paralelamente aos direitos fundamentais fora do "catálogo" (com ou sem sede na Constituição formal), o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange direitos não expressamente positivados. Além disso, em se tomando a distinção traçada por José Afonso da Silva, verifica-se que a categoria dos "direitos implícitos" (pelo menos na conceituação que este autor lhes deu) constitui, na realidade, apenas uma das possibilidades de desenvolvimento calcadas na cláusula de abertura do art. 5°, § 2°, da CF. Ademais, salta aos olhos que o citado preceito abrange, além de direitos fundamentais escritos fora do catálogo (com ou sem assento na Constituição), os direitos não escritos,[240] ou, se preferirmos a terminologia usual, os direitos "implícitos" ou "decorrentes", com a ressalva de que estes devem ser considerados em sentido amplo (direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias e os decorrentes do regime e dos princípios).

Sobre este assunto convém, ainda, lançar um olhar sobre os clássicos do nosso direito constitucional. Além da função hermenêutica atribuída ao dispositivo que consagrou entre nós a noção de direitos implícitos (decorrentes) e que já havia sido,

[239] Cf. J.A. Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 174, com a ressalva crítica de que o autor restringe a noção de direitos implícitos e decorrentes aos direitos individuais. Além do mais, dá a entender que os direitos implícitos constituem categoria não necessariamente vinculada ao art. 5°, § 2°, da nossa CF.

[240] A utilização – que se reconhece como passível de questionamentos sob vários ângulos – da expressão direitos não escritos, no sentido de direitos não direta e explicitamente previstos no texto constitucional, também encontra receptividade por outros autores, como é o caso, na Alemanha, apenas para citar um exemplo, de H. H. Rupp, "Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz", *in*: JZ 2004, p. 157 e ss. O autor, todavia, distingue tais direitos não escritos (*ungeschriebene Grundrechte*) das posições fundamentais deduzidas, no sentido de abrangidas, pelo âmbito de proteção do direito geral de personalidade e do direito geral de liberdade, atribuindo, além disso, o generalizado desinteresse pelo tema dos direitos "não escritos" precisamente à tradição doutrinária e jurisprudencial de extrair uma série de direitos do já referida cláusula geral do artigo 2°, inciso I, da Lei Fundamental Alemã, colacionando, de resto, uma série de exemplos, como é o caso do direito à própria imagem, da liberdade contratual e do direito à autodeterminação informativa.

dentre outros expoentes da cultura jurídica nacional, objeto de lúcido comentário por parte de Ruy Barbosa e, posteriormente, por Pontes de Miranda, cumpre referir a lição da doutrina no que tange ao desenvolvimento interpretativo dos direitos não escritos. Nesse particular, vale lembrar a lição de Carlos Maximiliano que, ao comentar o art. 144 da CF de 1946 (repisando as suas anotações à Constituição de 1891), apontou o seguinte: a Constituição "não pode especificar todos os direitos, nem mencionar todas as liberdades. A lei ordinária, a doutrina e a jurisprudência completam a obra. Nenhuma inovação se tolera em antagonismo com a índole do regime, nem com os princípios firmados pelo código supremo. Portanto, não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e , sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto das franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados".[241] Seguindo este entendimento, Alcino Pinto Falcão (igualmente comentando o art. 144 da Carta de 1946), após citar exemplo extraído da jurisprudência argentina (direito de reunião), salientou que o dispositivo citado, além de sua "finalidade reveladora de direito tem, também, a conservadora de direitos outrora expressos e que, por passarem de atualidade, não mais passaram, na Declaração de Direitos, a ser expressos".[242]

Ainda a este respeito, importa transcrever o que talvez tenha sido a posição mais contundente, entre nós, em favor desta tese. Para Paulino Jacques, "o Legislador--Constituinte, ao referir os termos 'regime' e 'princípios', quis ensejar o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades da vida social e as circunstâncias dos tempos pudessem exigir. É uma cláusula, por conseguinte, consagradora do princípio da 'eqüidade' e da 'construção jurisprudencial', que informam todo o direito anglo-americano, e que, por via dele, penetram no nosso sistema jurídico. Também entre nós, não é a lei a única fonte do direito, porque o 'regime', quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os 'princípios' da Constituição (república federal presidencialista) geram direitos".[243]

O que se conclui do exposto é que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5°, § 2°, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. De fato, como já se afirmou em relação à experiência lusitana, mas que, nesse particular (visto existirem importantes diferenças) guarda sintonia com o sentido amplo que assume a "cláusula de abertura" do art. 5°, § 2°, da Constituição Brasileira (ainda – e precisamente por isto - que não se cuide da única "porta de entrada" para direitos fundamentais não expressamente positivados como tais no texto constitucional), a abertura do sistema de direitos fundamentais, nas palavras de José de Melo Alexandrino, abrange tanto a previsão expressa de uma abertura a direitos não enumerados, quanto a dedução de posições jusfundamentais por meio da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a inclusão dos direitos de matriz internacional, bem como

[241] Cf. C. Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III, p. 175.

[242] Cf. A. P. Falcão, *Constituição Anotada*, vol. II, p. 254.

[243] Cf. P. Jacques, *Curso de Direito Constitucional*, p. 453. Saliente-se que o autor também critica veementemente o significado restrito que a doutrina tradicional teria emprestado ao dispositivo em exame, analisando-o meramente sob o enfoque de sua função afastadora do princípio do *inclusius unius alterius est exclusius*.

à dedução de normas de direitos fundamentais de outras normas constitucionais.[244] No caso da fórmula adotada pelo Constituinte brasileiro, verifica-se que a referência a direitos decorrentes do regime e dos princípios e a inclusão expressa dos direitos positivados em tratados internacionais, se não esgota as possibilidades inerentes a abertura material, assume um caráter por si só relativamente abrangente, mas que não dispensa análise mais detida quanto à sua efetiva amplitude. Tal constatação é, por outro lado, de suma relevância para viabilizar a delimitação de certos critérios que possam servir de parâmetro na atividade "reveladora" destes direitos. Nesse sentido, o citado dispositivo reza que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Com apoio no sentido literal da norma e com o objetivo de propiciar um exame mais sistemático da problemática do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais em nossa Constituição, há que visualizar as diversas alternativas com as quais nos deparamos na análise do significado e alcance da norma contida no art. 5º, § 2º, da CF.

Nesse contexto, ousando divergir, em parte, da proposta classificatória de José Afonso da Silva, e com base no que já foi exposto relativamente a este ponto (desconsiderados, aqui, outros critérios viáveis de classificação), já podemos sustentar a existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais, notadamente os direitos expressamente positivados (ou escritos), no sentido de expressamente positivados, e os direitos fundamentais não escritos, aqui genericamente considerados aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional ou internacional). No que concerne ao primeiro grupo, não existem maiores dificuldades para identificar a existência de duas categorias distintas, quais sejam, a dos direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional (direitos com *status* constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que igualmente foram expressamente positivados. Já no que concerne ao segundo grupo, podemos distinguir também duas categorias. A primeira constitui-se dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (aproximando-se da noção atribuída por J.A. da Silva), ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais que a própria norma contida no art. 5º, § 2º, da CF denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios.[245] Tal classificação deverá, doravante, servir de referencial para o desenvolvimento da análise da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais em nossa Lei Fundamental, ora intentada.

Ainda no que tange à classificação calcada no art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental, cumpre aludir à problemática relativa à existência de direitos fundamentais com assento na legislação infraconstitucional. A respeito da existência de direitos materialmente fundamentais oriundos de textos legais infraconstitucionais (hipótese que, ao menos *a priori* não deve ser excluída, no mínimo diante do que reza o art. 7º da CF), há que ter a devida cautela, porquanto o texto do art. 5º, § 2º, da CF, ao contrário do art. 16/1 da Constituição portuguesa, não utiliza a expressão "lei". Nesse sentido, lembra Canotilho que Marnoco e Souza, relativamente ao art. 4º da Constituição portuguesa de 1911, já havia assumido posição bastante cética a respeito do caso, alertando para a falta de sentido de se cogitar de direitos fundamentais legais, que não poderiam simplesmente, como num "passe de mágica" (o termo é nosso), ser guindados ao mesmo patamar das garantias constitucionais.[246] O fato é que à legislação ordinária – e essa parece ser a interpretação mais razoável – cumpre o papel de concretizar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na Constituição, tornando-os (em se cuidando de normas de cunho programático, isto é, de eficácia limitada) diretamente aplicáveis. Também a tradição (sem qualquer exceção) do nosso direito constitucional aponta para uma exclusão da legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente fundamentais, até mesmo pelo fato de nunca ter havido qualquer referência à lei nos dispositivos que consagraram a abertura de nosso catálogo de direitos, de tal sorte que nos posicionamos, em princípio, pela inadmissibilidade dessa espécie de direitos fundamentais em nossa ordem constitucional.[247] Todavia, a despeito deste entendimento, não nos parece de todo desarrazoada uma interpretação de cunho extensivo que venha a admitir uma abertura do catálogo dos direitos fundamentais também para posições jurídicas reveladas, expressamente, antes pela legislação infraconstitucional, já que, por vezes, é ao legislador ordinário que se pode atribuir o pioneirismo de recolher valores fundamentais para determinada sociedade e assegurá-los juridicamente, antes mesmo de uma constitucionalização.[248]

Ainda no que diz com a controvérsia em torno da existência de "direitos fundamentais legais" e observadas as razões já colacionadas, também importa registrar que aquilo que para muitos pode ser considerado um direito fundamental fundado na legislação infraconstitucional, em verdade nada mais é – em se cuidando, convém frisar, de direitos fundamentais – do que a explicitação, mediante ato legislativo, de direitos implícitos, desde logo fundados na Constituição. Tal ocorre, por exemplo, com o direito fundamental (constitucional) aos alimentos, consoante, aliás, já reconhecido por alguma doutrina,[249] onde, em última análise, está em causa um direito fundamental a prestações de caráter existencial, que – independentemente de previsão legal

---

[244] Cf. J. M. Alexandrino, *A Estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, p. 374-75.

[245] Averbe-se, no que tange à proposta classificatória aqui enunciada, a qual, de forma ligeiramente diversa, já havíamos esboçado em estudo publicado em março de 1996 na revista AJURIS nº 66 (posteriormente publicado na *RIL* nº 131), que, mais recentemente, a classificação de J. A. da Silva foi também alvo de acertada crítica por parte de F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 87-9, da qual apenas divergimos no que concerne à circunstância de que esta renomada autora agrupa sob a denominação de implícitos tanto os direitos subentendidos nas regras de garantias, quanto os decorrentes do regime e dos princípios de nossa Lei Fundamental, categorias que, por serem distintas entre si, preferimos enquadrar no grupo dos direitos não escritos (no sentido de não expressamente positivados).

[246] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 539-40. No mesmo sentido, v., com maior desenvolvimento, a posição crítica de J. M. Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, p. 391-393.

[247] A propósito de normas legais (infraconstitucionais) materialmente constitucionais, pode ter-se como inegável a existência de direito constitucional apenas no sentido material na esfera da legislação ordinária, a exemplo do que ocorre com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos e o Código Eleitoral, hipóteses habitualmente citadas em nível de direito comparado. O que aqui temos por inadmissível, ao menos em princípio, é a possibilidade de reconhecer-se a outorga do *status* de autênticos direitos fundamentais (mesmo que em sentido apenas material) a posições jurídicas ancoradas em preceitos legais garimpados em textos legais desta natureza.

[248] Essa parece ser o entendimento de L. F. Sgarbossa, *Direitos e Garantias Fundamentais Estravagantes*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008, p. 31 e ss., que utiliza a expressão direitos extravagantes referido aos direitos sem assento constitucional.

[249] J. Spagnolo, "Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana", *in*: S. G. Porto e D. Ustarroz (Org.), *Tendências Constitucionais no Direito de Família*, p. 147 e ss.

– já poderia ser deduzido do direito à vida com dignidade.[250] Ao legislador coube, nesse caso, a tarefa de reconhecer no plano legal a obrigação, definindo parâmetros, sujeitos passivos e ativos, bem como dispondo sobre questões processuais, entre outros aspectos. O mesmo se poderá afirmar em relação aos direitos de personalidade consagrados no novo Código Civil, visto que estes direitos já poderiam também ser deduzidos de uma cláusula geral de tutela da personalidade ancorada no direito geral de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana,[251] como, de resto, ocorre com o direito ao nome, já consagrado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.[252] Tal cláusula geral de tutela da personalidade, da qual decorre um direito geral de personalidade ou, como na Alemanha, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assume, por sua vez, a condição de direito fundamental implícito na nossa ordem constitucional, como voltará a ser referido logo adiante. Considerando, todavia, que o nosso intuito não é o de desenvolver essa questão, os exemplos colacionados servem apenas para demonstrar as possibilidades que encerra a abertura material do catálogo de direitos fundamentais também nessa seara.

Atente-se, ainda nesse contexto, para o significado da expressão "implícitos", que, no sentido etimológico, pode ser considerado o que está subentendido, o que está envolvido, mas não de modo claro.[253] Nesse sentido, verifica-se que a categoria dos direitos implícitos pode corresponder também – além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo – a uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção[254] de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nessa hipótese, não tanto da criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado.[255] Já os direitos decorrentes do regime e dos princípios não se confundem com a categoria dos direitos implícitos, considerados estes na acepção estrita de posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas de direitos fundamentais da Constituição, no sentido de referidas ao seu âmbito de proteção.

[250] Nesse sentido, também explorando uma fundamentação vinculada a princípios e direitos fundamentais (ainda que não exatamente no sentido aqui sustentado), v. a contribuição de F. M. Spengler. *Alimentos da ação à execução*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 (bem mencionando a garantia de uma existência digna como fundamento do dever alimentar), bem como, mais recentemente, em sua bela tese de Doutorado, R. A. G. Fachin, *Dever alimentar para um novo Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 34, com referência, também (além da dignidade da pessoa humana) ao princípio da solidariedade como um dos fundamentos constitucionais do dever alimentar.

[251] A respeito deste tópico, v. também o nosso *Dignidade da Pessoa Humana....*, 3ª ed., p. 106-7. Explorando bem este aspecto, confira-se o ensaio de C. A. Mello, "Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade" *in*: I.W. Sarlet (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*, 2003. Desenvolvendo o tema na perspectiva do direito comparado, indispensável o estudo de P.Mota Pinto, "Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro", *in*: *Revista da AJURIS* nº 96, Dez. 2004, p. 407-438.

[252] V. o acórdão prolatado no Recurso Extraordinário nº 248.869-1 (07.08.2003), tendo como relator o Ministro Maurício Corrêa, onde restou mais uma vez consignado que "o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível".

[253] Cf. A. B. de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, p. 923.

[254] Os alemães, ao se referirem ao âmbito de proteção de determinado direito fundamental valem-se da expressão *Schutzbereich*, noção fundamental para a problemática das restrições aos direitos fundamentais, que aqui não pode ser analisada.

[255] Aqui assumem relevo exemplos extraídos da experiência constitucional alemã, onde o direito geral de liberdade e de personalidade, consagrado expressamente no art. 2º, inc. I, da Lei Fundamental, abrange as mais variadas posições jurídicas fundamentais, tais como a liberdade contratual, a autonomia privada, a liberdade de ação na seara econômica. Nesse sentido, v., dentre tantos, H.-U. Erichsen, *in*: HBStR VI, p. 1195 e ss.

Com efeito, não restam dúvidas de que, sob o título de direitos decorrentes, o Constituinte reconheceu – como já frisado – expressamente a possibilidade de se deduzirem novos direitos fundamentais (no sentido de não expressa ou implicitamente previstos), com base no regime e nos princípios da Constituição. Assim, constata-se que a noção de direitos implícitos assume caráter especial em relação à amplitude dos direitos não escritos reconhecidos pelo art. 5º, § 2º, da CF, não sendo, na verdade, apropriado o uso da expressão de maneira genérica, que, como demonstrado, é dissonante de seu real significado, de tal sorte que entendemos mais apropriada a denominação direitos não escritos (ou não expressos), que abrange igualmente os direitos implícitos e decorrentes.

Seja qual for o critério utilizado (direitos implícitos ou direitos decorrentes do regime e dos princípios), distinção que se justifica, tal como frisado, pelo menos em face do enunciado semântico do artigo 5º, § 2º, da CF e da circunstância de que os princípios fundamentais do Titulo II e outros dispersos na Constituição não necessariamente podem ser considerados, em si mesmo, normas definidoras de direitos fundamentais (que atuariam, quando explicitadas no texto constitucional, como fundamento dos direitos implícitos em sentido estrito), o fato é que para o art. 5º, § 2º – para o efeito de dedução de posições jurídicas fundamentais – assume caráter essencialmente declaratório (já que, em princípio, desnecessário, pelo menos se considerarmos que implícito é o que já está subentendido). De outra parte – e nesse ponto não há como desconsiderar a relevância da previsão no texto constitucional de "direitos decorrentes do regime e dos princípios" – também é certo recordar que além de atuar como uma espécie de autorização expressa e permanente "lembrete" para o reconhecimento de direitos implícitos em sentido amplo (na condição de direitos não expressamente positivados) a legitimar e até mesmo vincular positivamente a atuação dos órgãos jurisdicionais nessa seara, que, nessa perspectiva, não poderiam deixar de reconhecer um direito implícito no mínimo quando tal reconhecimento corresponder, em face das circunstâncias, às exigências do sistema constitucional.

No campo dos direitos implícitos e/ou decorrentes do regime e dos princípios, vale mencionar alguns exemplos que têm sito citados na doutrina, mas que também já encontraram aceitação na esfera jurisprudencial, ainda que se esteja longe de alcançar um consenso, especialmente (mas não exclusivamente, importa destacar) no concernente ao conteúdo e alcance destes direitos. Assim, verifica-se que na doutrina mais recente voltou a ser referido o direito de resistência[256] ou o direito à desobediência civil,[257] que, embora também possam ser tratados como equivalentes (desde que haja concordância em termos conceituais) têm sido apresentados com traços distintos pela doutrina nacional. Também o direito à identidade genética da pessoa humana,[258] o direito à identidade pessoal,[259] as garantias do sigilo fiscal e bancário (em geral

[256] Apostando no direito de resistência, confira-se o importante contributo de J. C. Buzanello, *Direito de Resistência Constitucional*, 2003.

[257] Sobre o tema, v. a pioneira obra de M. Garcia, *Desobediência Civil. Direito Fundamental*, 2ª ed., 2004.

[258] Em língua portuguesa, v., entre tantos, o notável ensaio de J.C.S.G. Loureiro, "O direito à identidade genética do ser humano", *in*: *Portugal-Brasil Ano 2000*, p. 263-389. No Brasil, confira-se a recente e importante contribuição de S. R. Petterle, *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, bem explorando a fundamentação deste direito na Constituição e apresentando seus contornos dogmáticos à luz da teoria dos direitos fundamentais, sem descurar da abordagem de exemplos atuais e relevantes.

[259] Sobre o tema, v. o recente estudo de M.C. de Almeida, *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*, p. 117 e ss., sublinhando nessa quadra o direito ao conhecimento da origem genética, que, de certa forma, guarda conexão com o próprio direito (mais amplo) à identidade genética e sua proteção.

deduzidas, por expressiva parcela da doutrina e jurisprudência nacional, do direito a privacidade), um direito à boa administração pública,[260] bem como, na acepção do Supremo Tribunal Federal, de um direito à ressocialização por parte do preso condenado em sede criminal, entre outros, revelam não apenas o quanto já tem sido feito nessa esfera, mas também as possibilidades de desenvolvimento da abertura material do catálogo também no que diz com os direitos não expressamente positivados.

No que concerne ao conteúdo, significado e alcance do conceito material de direitos fundamentais, remetemos ao próximo item, onde nos ocuparemos de maneira mais detida destas questões.

4.3.3.2. Critérios referenciais para um conceito material de direitos fundamentais

4.3.3.2.1. Considerações introdutórias: o critério implícito da equivalência e seu significado. Nada obstante nossa Constituição não conheça regra expressa similar à contida no art. 17 da Constituição portuguesa, que trata dos "direitos análogos",[261] não restam dúvidas de que direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo,[262] noção essa que – muito embora não tenha o condão de, por si só, clarificar quais os critérios para aferir esta equiparação – deverá servir de fio condutor para o nosso intento de investigar quais as linhas-mestras do conceito material de direitos fundamentais em nossa Constituição: toda e qualquer posição jurídica, seja ela enquadrada na noção de direitos implícitos ou decorrentes, seja ela encontrada na Constituição (fora do catálogo), ou em algum tratado internacional, deverá, para ser considerada autêntico direito fundamental, equivaler – em seu conteúdo e dignidade – aos direitos fundamentais do catálogo. Cuida-se, aqui, de autêntico princípio constitucional implícito deduzido diretamente do art. 5º, § 2º, da nossa Carta Magna, de tal sorte que, ao menos nesse sentido, também há como falar de direitos fundamentais "análogos" no direito constitucional pátrio. Em outras palavras, esta relação de similitude deve, de certa forma, reger todas as categorias (expressos ou não escritos) de direitos fundamentais abrangidas pela regra em exame. Cumpre frisar, contudo, que a equivalência entre os direitos integrantes do catálogo e as posições jurídicas que se encontram em condições de, com base no art. 5º, § 2º, da CF,

[260] Cf. a proposta, entre nós, inspirado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, J. Freitas, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

[261] Os direitos fundamentais "análogos" mencionados no art. 17 da Constituição Portuguesa de 1976 referem-se tão somente aos direitos, liberdades e garantias do Título II, e não aos direitos sociais (Título III). Somente para o primeiro grupo (direitos análogos) aplica-se o regime específico e mais rigoroso dos Direitos, Liberdades e Garantias, como, por exemplo, o fato de constituírem limites materiais para a revisão constitucional. Nesse sentido, para efeitos de uma visão sintética e panorâmica sobre o assunto, v., dentre outros, J. Miranda, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 17 e ss., bem como J.C. Nabais, *in*: BMJ nº 400 (1990), p. 21 e ss.

[262] Tal conceituação pode ser encontrada igualmente no direito constitucional alemão, onde também se fala em direitos fundamentais equiparados (*grundrechtsgleiche Rechte*), embora não haja um consenso sobre a terminologia utilizada, bem como a respeito do alcance da cláusula de abertura. Ressalte-se que o art. 93, inc. I, nº 4, alínea *a*, da Lei Fundamental de 1949 equipara alguns dispositivos da Constituição aos direitos fundamentais do catálogo, na medida em que prevê sua proteção judicial mediante a Reclamação Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), remédio processual interposto por qualquer titular de um direito fundamental diretamente perante o Tribunal Federal Constitucional, com o objetivo específico de garantir a proteção e/ou efetivação de determinado direito fundamental. A respeito destes direitos fundamentais fora do catálogo no direito constitucional alemão, v., dentre outros, K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 358 e ss., e Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 16.

ser contemplados pela nota da fundamentalidade[263] inerente aos primeiros, não afasta eventuais situações de concorrência e/ou conflitos, por sua natureza inerentes ao sistema dos direitos fundamentais, situação com a qual, por óbvio, não se confunde.

No que tange especificamente aos direitos fundamentais não escritos (implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios), há que atentar para alguns aspectos distintivos. Referentemente ao primeiro grupo, que engloba posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas de direitos fundamentais integrantes do catálogo não há, salvo melhor juízo, equiparação a fazer, uma vez que a própria norma constitucional já reconhece – ainda que não expressamente – o direito fundamental não escrito (implícito), nela subentendido. Trata-se, portanto, de extrair do texto o que nele já está contido.[264] Ainda no que diz com os direitos implícitos, desimporta a averiguação de sua decorrência do regime e dos princípios de nossa Carta, na medida em que esta se refere apenas – ao menos segundo o que leva a crer a redação do art. 5º, § 2º, da CF – à categoria dos direitos fundamentais decorrentes. Por derradeiro, convém atentar para a circunstância de que a existência de direitos fundamentais implícitos, no sentido ora emprestado ao termo, mesmo que possa, sob certo ponto de vista, ser tida como abrangida pela norma contida no art. 5º, § 2º, da nossa Carta, dela não depende. Os direitos fundamentais implícitos têm, isto sim, sua existência indiretamente reconhecida pelo citado preceito constitucional. Assim sendo, tenho para mim que a dedução de direitos implícitos é algo inerente ao sistema constitucional, existindo, ou não, norma permissiva expressa nesse sentido.

Clarificada a situação peculiar dos direitos fundamentais implícitos, centrar-nos-emos, em nossa análise, nos direitos fundamentais fora do catálogo, os quais, como visto, podem ser expres-samente positivados (previstos textualmente na Constituição ou em tratados internacionais), ou decorrentes do regime e dos princípios (não escritos ou não expressamente positivados), excluindo-se os implícitos, na medida em que subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais do catálogo. Aqui sim há que retornar, novamente, ao princípio diretivo já enunciado alhures: direitos fundamentais fora do catálogo somente poderão ser os que – constem, ou não, do texto constitucional – por seu conteúdo e importância possam ser equiparados aos integrantes do rol elencado no Título II de nossa Lei Fundamental. Ambos os critérios (substância e relevância) se encontram agregados entre si e são imprescindíveis para o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais.

Não há como olvidar, nesse contexto, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental. Não é à toa que autores do porte de um Alexy conceituam os direitos fundamentais como sendo aquelas posições jurídicas que, do ponto de vista do direito

[263] Também lembrando que a fundamentalidade material é essencial para a revelação de direitos fora do catálogo expressamente enunciado pelo Constituinte, v. W. C. Rothenburg, "Direitos Fundamentais e suas Características", *in*: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 29, p. 55/6.

[264] No direito constitucional germânico, onde também se reconheceu, na doutrina e na jurisprudência, a existência de direitos fundamentais não escritos, a problemática da dedução destas posições jurídicas fundamentais subentendidas ou implícitas é tratada como uma operação hermenêutica, inexistindo norma expressa a este respeito. Tanto é, que Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 454-5, ainda que limitado ao âmbito dos direitos sociais (direitos a prestações em sentido estrito), nos fala de direitos fundamentais interpretativamente deduzidos (*interpretativ zugeordnete Grundrechte*). Nesse sentido, reportamo-nos aqui aos exemplos já citados, pálida amostra das possibilidades nessa seara.

constitucional, são de tal sorte relevantes para a comunidade, que não podem ser deixadas na esfera da disponibilidade absoluta do legislador ordinário.[265] Ressalta, aqui, por outro lado, a dimensão axiológica dos direitos fundamentais, expressando valores consensualmente reconhecidos no meio social, salientando-se, todavia, que tal consenso pode, como de resto não é incomum que aconteça, corresponder apenas a uma solução de cunho compromissário e contingencial, fruto do embate das forças políticas partícipes do processo constituinte, sem que, de fato, radique na vontade autêntica e dominante do povo, titular por excelência do Poder Constituinte. Na identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo, e isto convém seja novamente frisado, importa, portanto, que se tenha sempre presente o critério da importância, atentando-se para a efetiva correspondência com o sentido jurídico dominante, cuja avaliação dependerá, sem dúvida, da sensibilidade do intérprete.

No que diz com o segundo critério de equiparação, qual seja, o do conteúdo, impõe-se, preliminarmente, a referência de que nos movemos, também aqui, em terreno marcado por forte dose de subjetividade. Num primeiro momento, há que atentar para a circunstância de que a decisão de se ter determinada posição jurídica tida como equiparada à dos direitos fundamentais do catálogo pressupõe um mínimo de clareza no concernente ao paradigma escolhido. Em outras palavras, que saibamos identificar o que caracteriza a matéria dos direitos fundamentais de acordo com o direito constitucional positivo vigente. Não se cuida de efetuar análise isolada de um ou outro preceito do catálogo, mas, sim, de lançar um pouco de luz sobre os elementos comuns, em princípio, ao conteúdo de todos os direitos fundamentais do Título II de nossa Carta Magna e que, portanto, pode ser considerado como matéria dos direitos fundamentais, e não de um ou outro dispositivo isolado. Importante, por ora, é ter bem presente aquilo a que nos referimos quando sustentamos a necessária equiparação (ou, no mínimo, similitude), no que diz com seu conteúdo e importância, entre os direitos fundamentais localizados em outras partes do texto constitucional, nos tratados internacionais, ou mesmo decorrentes do regime e dos princípios de nossa Constituição, com as posições jurídicas fundamentais contempladas expressamente no catálogo.

4.3.3.2.2. Princípios fundamentais e direitos fundamentais, com especial atenção para o princípio da dignidade da pessoa humana. Uma primeira tarefa com a qual nos deparamos ao tentar fazer a exegese do art. 5°, § 2°, da CF, diz com o significado e alcance das expressões "regime" e "princípios". À luz das considerações tecidas, parece razoável o entendimento de que o citado preceito constitucional se refere às disposições contidas no Título I, arts. 1° a 4° (Dos Princípios Fundamentais), onde também se encontram delineados os contornos básicos do Estado social e democrático de Direito que identifica a nossa República. Nesse título, além do regime da democracia social (ou simplesmente democrático, para utilizar terminologia menos sujeita a controvérsias), consagrado pela nossa Carta,[266] encontram-se expressos os

[265] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 407.

[266] Relembre-se, nesse sentido, a lição de P. Jacques, *Curso de Direito Constitucional*, p. 453, que, inobstante vinculada à Constituição de 1967 (69), mantém sua atualidade, na medida em que a expressão "regime" evidentemente se refere ao regime político da social democracia que (ao menos ainda) caracteriza preponderantemente a nossa ordem constitucional, independentemente de eventuais mudanças substanciais que possam surgir no decorrer do atual processo de reforma da Constituição. Atente-se, contudo, para a circunstância de que este sentido outorgado ao termo "regime" não encontra suporte em norma constitucional expressa, decorrendo de uma exegese sistemática das diversas normas que integram o Título I da nossa Carta. Além disso, cumpre lembrar que a CF não consagrou de forma direta o regime da social democracia, o qual – independentemente da composição das forças políticas que exercem o

fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, seja em nível interno, seja na esfera das relações internacionais. Somente nessa acepção, salvo melhor juízo, as expressões "regime" e "princípios" podem ser inseridas no contexto de um conceito material. Caso contrário, tendo em mente que a Constituição se encontra, mesmo fora do âmbito do Título I, repleta de normas de caráter principiológico, poderíamos chegar ao extremo de criar novos direitos fundamentais com apoio em qualquer outra disposição contida na Constituição, de modo especial nas diversas (e não são poucas) normas de cunho organizacional e programático, o que certamente conduziria a uma ampliação não muito útil e, certamente, ainda menos desejável do catálogo.

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, conforme denominação expressamente outorgada pelo art. 5°, § 2°, da CF, são posições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo (Título II), diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1° a 4°) de nossa Carta, exegese que se impõe até mesmo em homenagem à especial dignidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional. Além disso, importa relembrar que também os direitos decorrentes do regime e dos princípios devem guardar, de acordo com o critério já enunciado, a necessária relação de sintonia (importância equiparada) com os direitos do catálogo.

De acordo com a redação do art. 5°, § 2°, da nossa Constituição, poder-se-ia, ao menos em princípio, sustentar que apenas os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios se encontram umbilicalmente vinculados aos princípios fundamentais consagrados no Título I de nossa Lei Fundamental, no sentido de que os demais direitos fundamentais localizados fora do catálogo (na Constituição ou em tratados internacionais) não são – ou não precisam ser – necessariamente decorrentes daqueles. Todavia, ainda que se cuide, como já ressaltado quando enunciamos nossa proposta classificatória dos direitos fundamentais, de categorias distintas entre si, o fato é que tanto os direitos integrantes do catálogo, quanto os que lhe são estranhos (escritos, ou não) guardam alguma relação – ainda que diversa no que tange ao seu conteúdo e intensidade – com os princípios fundamentais de nossa Carta Magna. Nesse contexto, basta apontar para alguns exemplos para verificarmos esta estreita vinculação entre os direitos e os princípios fundamentais. Assim, não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, os direitos políticos (de modo especial, o sufrágio, o voto e a possibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos) são manifestações do princípio democrático e da soberania popular. Igualmente, percebe-se, desde logo, que boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação etc.), quanto nos princípios que, entre nós, consagram o Estado social de Direito. Ainda que seja inviável o aprofundamento de todos os aspectos ligados a esta problemática, que, aliás, refoge em muito aos estreitos limites desta investigação, não nos podemos furtar – sob pena de pecarmos por flagrante omissão – a tecer ao menos algumas considerações em torno do tema. No mínimo, impõe-se breve exame

poder e abstraído de qualquer conotação político-partidária – deflui da indiscutível caracterização da nossa república federativa como um Estado social e democrático de Direito, ao menos no plano jurídico-positivo.

da maneira pela qual os princípios fundamentais integram (se é que é este o caso) a matéria dos direitos fundamentais. Pela sua particular relevância para esta análise, centrar-nos-emos no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

No que concerne à construção dos elementos de identificação de um conceito material de direitos fundamentais, é na doutrina constitucional lusitana que podemos encontrar uma das formulações mais interessantes e próximas de nós, de modo especial em face da similitude de ambas as ordens constitucionais e da notória influência do direito constitucional português sobre o nosso, o que por si só já justifica a nossa escolha. Cuida-se da proposta formulada pelo Professor Vieira de Andrade, da Universidade de Coimbra, que, entre outros aspectos a serem analisados, identifica os direitos fundamentais por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana,[267] que, segundo sustenta, é concretizado pelo reconhecimento e positivação de direitos e garantias fundamentais.[268] Posição semelhante foi, recentemente, adotada na doutrina pátria, sugerindo que o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente enunciado pelo art. 1°, inc. III, da nossa CF, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais,[269] que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5°, § 2°, de nossa Lei Fundamental.[270] Cuida-se de posições exemplificativamente referidas e que expressam o pensamento de boa parte da melhor doutrina, de modo especial no que tange à íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Embora não seja nossa intenção adentrar aqui de forma aprofundada o fascinante exame que sem dúvida merece o princípio da dignidade da pessoa humana, há que apontar, no mínimo, para a circunstância de que a tese enunciada, no sentido de que todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana e de que este – justamente por este motivo – pode ser tido como elemento comum à matéria dos direitos fundamentais, merece ser encarada, ao menos de início, com certa reserva. Em primeiro lugar, parece oportuna a menção – de modo especial à luz de nosso direito constitucional positivo – de que se revela no mínimo passível de discussão a qualificação do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado em si mesmo, como um autêntico direito fundamental autônomo, em que pese sua importante função, seja como elemento referencial para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais (mas não só destes),[271] seja na condição de

[267] Tendo em conta a edição do nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 (com sua 9ª edição revista, atualizada lançada em 2012) deixamos aqui de proceder, salvo em alguns pontos, a uma revisão e atualização da parte relativa ao princípio da dignidade da pessoa humana, remetendo o leitor interessado em mais informações e referências específicas para a leitura da obra ora referida.

[268] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais*, p. 83 e ss.

[269] Cf., entre nós, a lembrança de F. Piovesan, "Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana", *in*: G. Salomão Leite (Org.), *Dos princípios constitucionais*, p. 192. e, no âmbito da doutrina portuguesa, P. Ferreira da Cunha, *Teoria da Constituição II*, p. 265. No mesmo sentido, J. L. Cea Egaña, *Derecho Constitucional chileno*, Tomo II, p. 40, refere que a dignidade da pessoa humana atua como fonte e cimento dos direitos fundamentais.

[270] Cf. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 54.

[271] Cf., dentre tantos, a enfática formulação de J. Machado , *Liberdade de Expressão*, p. 359, no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana "consubstancia um limite axiológico ao poder constituinte e um padrão valorativo das actividades de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas".

fundamento para a dedução de direitos fundamentais decorrentes.[272] De outra parte, e aqui centramos a nossa crítica, basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo dos direitos fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana. Não pretendendo polemizar especificadamente as diversas hipóteses que aqui podem ser referidas, reportamo-nos, a título meramente exemplificativo, ao art. 5°, incs. XVIII e XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII, bem como ao art. 7°, incs. XI, XXVI, XXIX, sem mencionar outros exemplos que poderiam facilmente ser garimpados no catálogo constitucional dos direitos fundamentais.[273]

Sem adentrarmos, ainda, o exame de mérito dos questionamentos efetuados e que se legitimam em face das especificidades decorrentes do direito constitucional pátrio, verificamos, desde logo, ser indispensável uma compreensão prévia do significado e do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como de sua eficácia jurídica. Assim, mesmo não sendo possível – no contexto deste estudo – muito mais do que uma sumária análise destas questões, não há como negligenciar por completo o exame da matéria, sob pena de pecarmos por omissão e prejudicarmos substancialmente a compreensão do conceito material de direitos fundamentais consagrado pela nossa Lei Fundamental.

A Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado – em homenagem ao especial significado e função destes – na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas que fundamentam e são informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material. Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1°, inc. III, da CF), que não foi objeto de previsão no direito anterior. Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do Constituinte, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), seja quando, no âmbito da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6°), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*). Assim, ao menos nesse final de século, o princípio da dignidade da pessoa humana mereceu a devida atenção na esfera do nosso direito constitucional.

[272] Sua inclusão no Título I, ao lado dos demais princípios fundamentais, sugere que o Constituinte outorgou ao princípio da dignidade da pessoa humana função que transcende a de um direito fundamental. De qualquer modo, reconhecendo-se que do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem posições jurídico-fundamentais, não nos parece viável falar de um direito à dignidade, no sentido de que ao ser humano seja concedida a dignidade que lhe é inerente. Sobre tal ponto, contudo, voltaremos a nos manifestar.

[273] No mesmo sentido, manifestando fundado ceticismo em relação à corrente afirmação de que os direitos fundamentais (ainda mais quando compreendidos como direitos constitucionalmente assegurados) encontram todos um fundamento direto na dignidade da pessoa humana, v., com razões adicionais, J. M. Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, p. 325 e ss.

Importa consignar, nesse contexto, que o constitucionalismo nacional não chegou a constituir exceção, em se tomando como parâmetro a evolução constitucional na esfera internacional. A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzido. Apenas neste século e, ressalvada uma ou outra exceção,[274] tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, de modo especial após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU de 1948.[275] Ainda assim, muitos Estados integrantes da comunidade internacional não chegaram a inserir o princípio da dignidade da pessoa humana em seus textos constitucionais. Para fins ilustrativos, parece oportuno seja lançado um olhar sobre o direito comparado. Dentre os países da União Europeia, apenas as Constituições da Alemanha (art. 1°, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2°, inc. I), Irlanda (preâmbulo) e Portugal (art. 1°) consagraram expressamente o princípio.[276] No âmbito do Mercosul, apenas a Constituição do Brasil (art. 1°, inc. III) e a do Paraguai (preâmbulo) guindaram o valor da dignidade ao *status* de norma fundamental. No que tange aos demais Estados americanos,[277] cumpre citar as Constituições de Cuba (art. 8°) e da Venezuela (preâmbulo), além de uma referência indireta ao valor da dignidade da pessoa humana encontrada na Constituição do Peru, na qual são reconhecidos outros direitos além dos expressamente positivados, desde que derivem da dignidade humana, da soberania popular, do Estado Social e Democrático de Direito e da forma republicana (art. 4°). Na Constituição da Guatemala, fala-se, no preâmbulo, da primazia da pessoa humana, ao passo que no art. 4° se consagra o princípio da isonomia (todos são iguais em dignidade e direitos). Também a Constituição do Chile estabelece, no seu artigo 1°, que os homens nascem livres e iguais em direitos. Assim, ainda que incompleto o quadro apresentado, estes exemplos garimpados no direito comparado ilustram de forma representativa que o valor da dignidade da pessoa humana, ao menos nessa formulação e no que tange à sua expressa previsão pelo direito positivo, ainda não se integrou de forma definitiva e preponderante às Constituições de nosso tempo.

Entre os inúmeros aspectos que poderiam ser analisados nesta abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana, iremos priorizar três, que reputamos de especial relevância para os propósitos deste capítulo. Assim, num primeiro momento, impõe-se que teçamos algumas considerações em torno do significado e do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Numa segunda etapa, haveremos de

[274] A Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) já havia previsto em seu texto o princípio da dignidade humana, estabelecendo em seu art. 151, inc. I, que o objetivo maior da ordem econômica é o de garantir uma existência humana digna. Também podem ser citados os exemplos da Constituição Portuguesa de 1933 (art. 6, nº 3) e a Constituição da Irlanda de 1937 (preâmbulo).

[275] Nesse sentido, v. E. Denninger, *in*: AK I, p. 275-6, de onde foram extraídos os exemplos citados na nota antecedente.

[276] As Constituições da Itália (art. 27, inc. II) e da Turquia (art. 17, inc. III), em que pese não terem reconhecido o princípio da dignidade da pessoa humana em dispositivo autônomo, não deixaram de mencioná-lo, proibindo a aplicação de penas desumanas (Itália) ou que atentem contra a dignidade da pessoa humana (Turquia). Já as Constituições da Bélgica, Dinamarca, Holanda e Luxemburgo não mencionam o valor da dignidade da pessoa humana entre os seus princípios ou direitos fundamentais.

[277] Os exemplos relativos aos Estados americanos foram extraídos das diversas contribuições individuais (relatórios dos países) que integram a obra coletiva organizada por D. Garcia Balaunde, F. Fernandez Segado e R. Hernandes Valle, *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, onde podemos encontrar interessante sinopse das ordens constitucionais da Espanha e dos países da América Latina e do Sul, inclusive o relato apresentado por José Afonso da Silva sobre o Brasil.

nos ocupar com a caracterização do princípio da dignidade da pessoa humana como norma jurídica, bem assim com as funções que exerce como tal. Por derradeiro, deveremos dispender algum tempo com a posição ocupada pelo princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito da concepção materialmente aberta de direitos fundamentais consagrada pela nossa Constituição.

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1°, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado,[278] reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.[279] Em outras palavras, de acordo com a lição de Jorge Reis Novais, no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.[280] Ainda que se possa controverter a respeito da afirmação de que o Constituinte tenha tido a intenção de instaurar, também entre nós, uma ordem constitucional embasada no direito natural, mas dotada de plena eficácia normativa,[281] o fato é que não há como desconsiderar, de forma absoluta, a vertente filosófica e histórica do princípio e sua íntima relação com a doutrina jusnaturalista.

Sem entrarmos, ainda, no significado (ou nos significados), que se pode hoje atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a ideia do valor da pessoa humana encontra suas raízes já no pensamento clássico e na ideologia cristã. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.[282] Se, por um lado, a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana no âmbito do pensamento clássico significava a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, de tal sorte que é possível falar-se em uma dignidade maior ou menor, por outro lado, a

[278] Nesse sentido, oportuna a lição de P. Badura, *Staatsrecht*, p. 87, que, apesar de formulada relativamente ao direito alemão (art. 1°, inc. I, da Lei Fundamental de 1949), se revela perfeitamente aplicável entre nós, em face da similar posição outorgada por ambas as ordens constitucionais ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como oportunamente consigna R. Zippelius, *in*: *BK*, p. 7, com a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana no início do texto da Lei Fundamental, procurou-se expressar uma clara e inequívoca reação ao regime totalitário nazista e à concepção de que "tu não és nada, mas o Estado é tudo". Ainda que o regime autoritário instaurado entre nós pela ditadura militar não possa ser comparado com a experiência nacional-socialista alemã, o fato é que também aqui o valor da pessoa humana e seus direitos mais elementares foram objeto de desconsideração e de degradação pelo Estado, de tal sorte que, entre outros aspectos, não restam dúvidas de que também o Constituinte de 1987/88 reconheceu expressamente o valor da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, de modo especial como reação contra o regime autoritário anterior. Aliás, cuida-se de processo similar ao ocorrido em outras ordens constitucionais, tais como a de Portugal e da Espanha, onde a especial posição da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais também está estreitamente vinculada às experiências autoritárias antes vivenciadas naqueles países.

[279] Cf. A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 539.

[280] Cf. J. R. Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 52.

[281] Na Alemanha, tal concepção foi sustentada recentemente por W. Höfling, *in*: M. Sachs (Org). *Grundgesetz*, p. 101.

[282] Nesse sentido, dentre outros, C. Starck, *in*: *JZ 1981*, p. 459-60.

dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, concluindo-se, nesse sentido, que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade.[283] Esta noção de dignidade, sustentada de modo especial no âmbito da filosofia estoica, encontra-se, por sua vez, intimamente vinculada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os homens, no que tange à sua natureza humana, são iguais em dignidade.[284] A concepção de inspiração cristã e estoica continuou a ser sustentada durante a Idade Média, tendo sido Tomás de Aquino quem expressamente chegou a fazer uso do termo "*dignitas* humana", no que foi secundado, já em plena Renascença e no limiar da Idade Moderna, pelo humanista italiano Pico de Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, sustentou ser esta que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino.[285]

Para a afirmação da ideia de dignidade humana, foi especialmente preciosa a contribuição do espanhol Francisco de Vitoria, quando, no século XVI e no início da expansão colonial espanhola, sustentou, relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos índios e baseado no pensamento estoico (especialmente Cícero e Ovídio) e cristão, que estes, em função do direito natural e de sua natureza humana – e não pelo fato de serem cristãos, católicos ou protestantes – eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa.[286] No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Destacam-se, nesse período, os nomes de Samuel Pufendorf, para quem mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e de agir conforme seu entendimento e sua opção,[287] bem como o de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia), como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como mero objeto.[288]

Em que pese a existência de diversos autores de renome, tais como Marx, Merleau-Ponty e Skinner, que tenham negado qualquer tentativa de fundamentação religiosa ou metafísica da dignidade da pessoa humana,[289] e apesar das desastrosas experiências pelas quais tem passado a humanidade, de modo especial neste século,

[283] Cf. Podlech, *in*: *AK I*, p. 275.

[284] Cf. R. Zippelius, *in*: *BK*, p. 8-9, com referência ao pensamento de Cícero.

[285] Nesse sentido, a lição de K. Stern, *Staatsrecht* III/1, p. 7.

[286] Cf. M. Kriele, *Einführung in die S taatslehre*, p. 212.

[287] Cf. também M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, p. 214, bem como Podlech, *AK I*, p. 275. Para C. Starck, *in*: JZ 1981, p. 460, Pufendorf fundamenta sua concepção de dignidade na natureza social do ser humano, considerando a dignidade da pessoa humana como a base da liberdade eticamente vinculada e da igualdade dos homens.

[288] Nesse sentido, dentre outros, Podlech, *in*: AK I, p. 275, e R. Zippelius, *in*: BK, p. 9.

[289] Assim cf. C. Starck, *in*: JZ 1981, p. 461-2. Neste contexto, cumpre citar a lição de M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, p. 215-6, para quem a corrente mais forte que se opôs à concepção da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos dela decorrentes foi a ética utilitarista, principalmente de Bentham, que justificou restrições e agressões aos direitos humanos em função dos valores de natureza permanente da comunidade ou da humanidade

o fato é que esta continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta sua qualificação como valor fundamental da ordem jurídica por parte de um expressivo número de Constituições. Da concepção jusnaturalista remanesce, sem dúvida, a constatação de que uma Constituição que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana justamente parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição biológica humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado.[290]

Nada obstante as considerações até agora tecidas já tenham lançado um pouco de luz sobre o significado e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, não há como negar que uma definição clara do que seja efetivamente esta dignidade não parece ser possível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos.[291] Com efeito, como bem averba José de Melo Alexandrino, em passagem que transcrevemos na íntegra, "o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar".[292] Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida.[293] Além disso, a doutrina e a jurisprudência cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer os contornos básicos do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar em uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita.[294] Nesse contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.[295] Há que reconhecer, portanto, que também o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana (a exemplo de inúmeros outros preceitos de contornos vagos e abertos) carece de uma delimitação pela práxis constitucional, tarefa que incumbe a todos os órgãos estatais.[296]

em seu todo (a infelicidade de um ou de alguns justifica a maior felicidade da maioria), chancelando, por exemplo, práticas como a escravidão e o extermínio de povos indígenas.

[290] Nesse sentido, a conclusão de M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, p. 214, que oportunamente aponta para a circunstância de que foi justamente a ideia de que o homem, por sua mera natureza humana, é titular de direitos possibilitou o reconhecimento dos direitos humanos e a proteção também dos fracos e dos excluídos, e não apenas dos que foram contemplados com direitos pela lei, por contratos, em virtude de sua posição social ou econômica.

[291] Nesse sentido, dentre tantos, a lição de Maunz/Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, p. 179. Entre nós, C. L. Antunes Rocha, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social", *in*: *Interesse Público* nº 4 (1999), p. 24, ressaltou a "porosidade e ambiguidade" do princípio.

[292] Cf. J. M. Alexandrino, "Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções", *in*: *Estudos em Honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2008, p. 481.

[293] Essa a oportuna advertência de J. Tischner, *in*: Böckenförde e outro (Org.), *Menschenrechte und Menschenwürde*, p. 317.

[294] Neste contexto, cumpre referir a lição de P. Häberle, *in*: HBStR I, p. 853, para quem se revela indispensável a utilização de exemplos concretos para obter uma aproximação com o conceito de dignidade da pessoa humana, salientando, além disso, a importância de um preenchimento desta noção "de baixo para cima", no sentido de que a própria ordem jurídica infraconstitucional fornece material para a definição dos contornos do conceito.

[295] Cf. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 50, arrimado nas lições de Gomes Canotilho e Celso Lafer.

[296] Cf. averba R. Zippelius, *in*: BK, p. 14.

Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.[297] Essa, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana,[298] é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.[299] Além disso, como já visto, não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art. 1° da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade."

Na formulação feliz de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representada justamente o denominador comum a todos os homens e que expressa em que consiste sua igualdade.[300] Também o Tribunal Constitucional da Espanha, inspirado igualmente na Declaração Universal, manifestou-se – em decisão proferida em 1985 – no sentido de que "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais".[301] Nessa mesma linha, situa-se a doutrina de Günter Dürig, considerado um dos principais comentadores da Lei Fundamental da Alemanha e um dos expoentes do constitucionalismo germânico na segunda metade deste século. Segundo este renomado autor, a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que "cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar a sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda".[302] À luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como dos entendimentos citados a título exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana parece residir – e a doutrina majoritária conforta este entendimento – primordialmente na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa).[303] Importa, contudo, ter

[297] Essa a lição de G. Dürig, *in*: AÖR nº 81 (1956), p. 9.

[298] Cf. a formulação de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 6.

[299] Nesse sentido, a ponderação de H.C. Nipperdey, *in*: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Org). *Die Grundrechte*, vol. II, p. 1.

[300] Cf. J. Miranda, *Manual IV*, p. 168.

[301] Decisão extraída da obra de F. Rubio Llorente (Org). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, p. 72.

[302] Cf. G. Dürig, *in*: AÖR nº 81 (1956), p. 125. Na medida em que fizemos uma tradução livre do texto original em alemão e para que se possa aferir a correção do trabalho, passamos a transcrever o trecho traduzido: "Jeder Mensch ist Mensch kraft seines Geistes, der *in* abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt,seiner selbst bewusst zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich und die Umwelt zu gestalten".

[303] Cf. A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 541.

presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.[304] Ressalte-se, por oportuno, que com isso não estamos a sustentar a equiparação entre as noções de dignidade e liberdade, já que, como veremos, a liberdade e, por consequência, o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade constituem uma das principais (se não a principal) exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem (no sentido de uma qualidade inata), na medida em que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente.[305] É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade).[306]

Ainda no que tange à clarificação do sentido da dignidade da pessoa humana, importa considerar que apenas a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa humana em abstrato.[307] Vinculada a essa ideia, que já transparecia no pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, não sendo lícito confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana (da humanidade).[308] Verifica-se, nesse contexto, que o Constituinte de 87/88 acolheu essa distinção, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana (e não da dignidade humana) entre os princípios fundamentais de nossa Carta.

[304] Nesse sentido, a lição de G. Dürig, *in*: AÖR nº 81 (1956), p. 125, que, com base neste ponto de vista, sustenta que mesmo o consentimento do ofendido não descaracteriza uma efetiva agressão à dignidade da pessoa. Pelo mesmo motivo, também o nascituro, sendo que os reflexos da dignidade atingem até mesmo o corpo humano após a morte.

[305] Essa a lição de P. Häberle, *in*: *HBStR I*, p. 860.

[306] A respeito da dignidade da pessoa humana sob o aspecto de limite e tarefa do Estado, v. Podlech, *in*: *AK I*, p. 280-1.

[307] Essa já era a lição de H.C. Nipperdey, *in*: Neumann/Nipperdey/Scheuener (Org). *Die Grundrechte*, vol. II, p. 3.

[308] Nesse sentido, v. J. Miranda, *Manual IV*, p. 169. Assim também K. Stern, *Staatsrecht* III/1, p, 11-2.

Por outro lado, não se descarta uma dimensão comunitária (ou social) da dignidade da pessoa humana, na medida em que todos são iguais em dignidade e como tais convivem em determinada comunidade ou grupo. Nesse contexto, assume relevo a lição de Pérez Luño, que, arrimado na doutrina de Werner Maihofer, sustenta uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), em vez de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual.[309] Mesmo assim, não se admite, em princípio, o sacrifício da dignidade pessoal em favor da comunidade,[310] já que a dignidade, como (ao menos também) qualidade inerente a cada ser humano, deste não pode ser retirada, perdendo-a apenas quando lhe faltar a vida, sem prejuízo dos – já reconhecidos – efeitos *post mortem* da dignidade. Quanto à possibilidade de se estabelecerem limites (restrições) à autonomia e liberdade pessoal, não restam dúvidas de que estas não se encontram vedadas. Até que ponto, contudo, a própria dignidade é disponível, no sentido de estar, ou não, sujeita a restrições, é tema sobre o qual voltaremos a nos manifestar. Outra indagação que desafia uma análise mais aprofundada diz com a contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana. Com efeito, é de perguntar-se até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que para determinados povos são tidos como legítimos. Essa é, sem dúvida, apenas mais uma das questões que aqui haveremos de deixar em aberto.

Com base em tudo que até agora foi exposto, verifica-se que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, seu âmbito de proteção, não parece ser possível, a não ser mediante a devida análise no caso concreto. Como ponto de partida, vale citar a fórmula desenvolvida na Alemanha por Günter Dürig, para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos.[311] Essa fórmula, por evidente, não oferece uma solução global para o problema (já que não define previamente o que deve ser protegido), mas permite a verificação, no caso concreto, da existência de uma efetiva agressão contra a dignidade da pessoa humana, fornecendo, ao menos, uma direção a ser seguida. A doutrina e a jurisprudência encarregaram-se, contudo, de identificar algumas posições que integram o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, ao menos de acordo com as circunstâncias atuais, e que, portanto, constituem exigências diretas e essenciais do princípio ora em exame.

Assim, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas,

[309] Cf. A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos*, p. 318. Essa também parece ser a posição de J. Miranda, *Manual IV*, p. 171 e ss. Destacando a dimensão intersubjetiva da dignidade, *v.* a recente e notável contribuição sobre o tema de J. C. Gonçalves Loureiro, "O Direito à Identidade Genética do Ser Humano", *in*: *Portugal-Brasil Ano 2000*, p. 281, sustentando que a dignidade da pessoa humana "alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos".

[310] Nesse sentido, dentre outros, J. Miranda, *Manual IV*, p. 172, que, por sua vez, se valeu da lição de Castanheira Neves.

[311] Cf. G. Dürig, *in*: *AÖR nº* 81 (1956), p. 127.

limitações aos meios de prova (utilização de detector de mentiras), regras relativas aos transplantes de órgãos etc.[312] Nesse sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade.[313] Uma outra dimensão intimamente associada ao valor da dignidade da pessoa humana consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguração de uma existência com dignidade.[314]

Para além disso, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos etc.[315] Também a garantia da identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando-se, dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade,[316] bem como ao direito de autodeterrminação sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal.[317] Na medida em que o exercício do poder constitui permanente ameaça para a dignidade da pessoa humana, há quem considere a limitação do poder como uma exigência diretamente decorrente desta, acarretando, dentre outras consequências, a necessidade de se tolerarem ingerências na esfera pessoal apenas com base na lei e desde que resguardado o princípio da proporcionalidade.[318]

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, em que as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, em que a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e

[312] Assim, dentre tantos, Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 107-9.

[313] Cf. Podlech, *in*: *AK I*, p. 288. Neste contexto, vale referir decisão do Tribunal Constitucional espanhol, na qual foi reconhecida a íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, considerando – ambos "como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos (Sentença de 1985, citada por F. Rubio Llorente (Org.), *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, p. 72-3).

[314] Nesse sentido, dentre outros, v. Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 109-10. Assim também Maunz-Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, p. 182, e Podlech, *AK I*, p. 282-3.

[315] Cf. Podlech, *AK I*, p. 283-4, e Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 110.

[316] A respeito destes aspectos, v. Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 110 e ss., e Podlech, *in*: *AK I*, p. 285-7.

[317] Cf. Maunz-Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, p. 181-2.

[318] Essa a lição de Podlech, *in*: *AK I*, p. 287-8.

injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.[319]

Após estas breves considerações em torno da definição e do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, importa avaliar seu *status* jurídico-normativo no âmbito de nosso ordenamento constitucional. Se nas outras ordens constitucionais onde a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto da Lei Fundamental nem sempre houve clareza quanto ao seu correto enquadramento,[320] tal não ocorre entre nós. Inspirando-se no constitucionalismo português e espanhol, o Constituinte de 1987/88 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, dando-lhe – pela primeira vez – o tratamento de princípio fundamental da nossa atual Constituição (art. 1°, inc. III). Aliás, o enquadramento como princípio fundamental é justamente o que melhor afina com a doutrina luso-brasileira dominante,[321] encontrando suporte igualmente no âmbito da doutrina espanhola.[322] Não se cuidando, portanto, de autêntico e típico direito fundamental, tal não significa, por outro lado, que do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana não possam ser deduzidas posições jurídico-fundamentais não escritas, inclusive de natureza subjetiva, o que, aliás, foi expressamente considerado pelo art. 5°, § 2°, da CF de 1988, que trata dos direitos decorrentes do regime e dos princípios, bem como dos constantes em tratados internacionais. Da mesma forma, não se deve esquecer o fato de que os direitos fundamentais, ao menos de modo geral, podem (e assim efetivamente o são) ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, aspecto sobre o qual voltaremos a nos manifestar.

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1°, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade.[323] Importa considerar, nesse contexto, que, na condição de princípio

[319] Nesse sentido, também se posiciona M. C. Bodin de Morais, "O conceito de dignidade da pessoa humana, substrato axiológico e conteúdo normativo", *in*: I. W. Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 117, que, além disso, propõe sugestivo desdobramento da dignidade (com base no seu substrato material) em quatro outros princípios, quais sejam, o da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da solidariedade, proposta essa que, em termos gerais, harmoniza plenamente com os diversos elementos da dignidade da pessoa humana (e os respectivos direitos fundamentais) já apontados.

[320] Assim ocorre, por exemplo, na Alemanha, onde, inexistindo título autônomo para os princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana consta no catálogo dos direitos fundamentais (art. 1°, inc. I), sendo considerada simultaneamente um direito fundamental e um princípio fundamental da ordem de valores objetiva, havendo, contudo, quem negue o caráter de direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Sobre este tema, v., dentre tantos, K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 22 e ss. Assim também Maunz-Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, p. 180, Podlech, *in*: *AK I*, p. 293, e Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 102.

[321] Cf., entre nós, E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 48 e ss. No direito lusitano, v. especialmente as lições de J. Miranda, *in*: *Estudos sobre a Constituição*, p. 14 e ss., bem como J.J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, p. 70.

[322] Nesse sentido, por exemplo, A.E. Pérez Luño, *Derechos Humanos*, p. 180 e ss, que se refere à dignidade da pessoa humana como "princípio-guia del Estado de Derecho" e "valor básico (*Grundwert*) fundamentador de los derechos humanos".

[323] Essa, em outras palavras, a lição de E. Benda, *in*: *HBVfR I*, p. 164, que, inobstante dirigida ao art. 1°, inc. I, da Lei Fundamental de Bonn (1949), se revela plenamente compatível com a posição outorgada pelo Constituinte de 1987/88 ao princípio da dignidade da pessoa humana.

fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*).[324] Nessa perspectiva, verifica-se ampla convergência a respeito da noção de que a dignidade da pessoa humana, designadamente como princípio fundamental estruturante (o que não exclui sua condição de regra), confere e assegura uma certa unidade axiológica ou unidade de sentido ao sistema dos direitos fundamentais, o que, todavia, como bem aponta José de Melo Alexandrino, não afasta uma série de aspectos problemáticos, a começar pela ampla gama de conteúdos e dimensões que se atribui à noção de dignidade da pessoa humana em si, bem como na não necessariamente linear e incontroversa relação entre a dignidade e os direitos fundamentais.[325]

De acordo com a lição de Pérez Luño, "a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo".[326] Partindo-se desta afirmação e de tudo o que até agora foi exposto, há que delinear ao menos os contornos do significado jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, partindo-se, desde já, da premissa de que todas as normas constitucionais, inclusive as que expressam princípios, são dotadas de alguma eficácia jurídica. Nesse contexto, não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, nesse sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência.[327] Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo. Sustenta-se, nessa linha de pensamento, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que corresponda às exigências do princípio.[328] Nesse contexto, agrega-se a noção de que a dignidade da pessoa humana integra a assim designada ordem pública dos Estados que a consagram, cuidando-se (notadamente no que diz com o núcleo essencial do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes) tanto de um fundamento para a limitação de direitos fundamentais (restringem-se direitos em prol

[324] Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 23.

[325] Cf. J. M. Alexandrino, *A Estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, p. 306 e ss.

[326] Cf. A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos*, p. 318, arrimado na conhecida obra de Ernst Bloch sobre o direito natural e a dignidade humana.

[327] Nesse sentido, a lição de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 28-9, e, mais recentemente, Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 114. Ao contrário da Lei Fundamental da Alemanha, onde há disposição expressa impondo ao Estado o dever de respeito e proteção (art. 1°, inc. I), a Constituição pátria silencia a este respeito. Todavia, não se vislumbra qualquer óbice a esta exegese do significado jurídico do princípio mesmo entre nós. Sobre a vinculação de toda a atividade estatal ao princípio da dignidade da pessoa, *v.*, entre nós, especialmente J. Freitas, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, p. 52 e ss.

[328] Cf. Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 114.

da garantia da dignidade) quanto de um limite dos limites, ou seja, de uma barreira contra limitações efetuadas em proveito de outros bens fundamentais.[329] De outra parte, como oportunamente registra Nádia de Araújo, assume relevo a função da dignidade da pessoa humana (na condição de elemento da ordem pública) como critério material para impedir a aplicação de normas e atos jurídicos estrangeiros na ordem interna, quando ofensivas à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais, tudo a ensejar uma releitura do próprio Direito Internacional Privado.[330]

De outra banda, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio,[331] na medida em que este serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna.[332] Um exemplo desta aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser identificado na leitura necessariamente ampliada do enunciado textual do artigo 5°, *caput*, da Constituição Brasileira de 1988, naquilo em que se pode sustentar que todos os direitos fundamentais inerentes à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana também devem ser assegurados aos estrangeiros não residentes no País, na perspectiva do que reza o princípio da universalidade tal qual aplicado à titularidade dos direitos fundamentais.[333] Esta eficácia de natureza jurídico-objetiva não se restringe a estes aspectos, assumindo ainda maior relevância quando se verifica que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência.[334] Nesse sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimos caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor.[335]

Questão complexa e que inevitavelmente assume crucial importância diz com a possibilidade de se fixarem limitações à dignidade da pessoa humana. Ao contrário, por exemplo, da Lei Fundamental da Alemanha, onde o princípio (e direito fundamental) foi incluído no rol das assim denominadas "cláusulas pétreas", constituindo

[329] Nesse sentido, v. especialmente o nosso *Dignidade da Pessoa Humana...*, p. 118 e ss. No mesmo sentido, v., entre outros, especialmente L. F. C. Freitas, *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*, p. 220 e ss., bem como, J. R. Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 62-63, embora o tema dos assim designados limites aos limites dos direitos fundamentais tenha sido objeto de estudo específico, com amplo desenvolvimento, na sua tese doutoral *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 727 e ss.; Por último, sustentando esta função – entre outras – da dignidade da pessoa humana, v. J. M. Alexandrino, "Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana", cit., p. 510.

[330] Cf. N. de Araújo, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104 e ss.

[331] Idem, p. 116.

[332] Nesse sentido, já lecionava H.C. Nipperdey, *in*: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Org.), *Die Grundrechte*, vol. II, p. 23. Mais recentemente, v. Maunz-Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, p. 183, e R. Zippelius, *in*: *BK*, p. 19. Entre nós, v. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 54. Propondo uma exegese norteada pela dignidade da pessoa, *v.* a recente contribuição de J. Freitas, "Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional", *in*: *Ajuris* nº 76 (1999), p. 406 e, mais recentemente, na sua magistral obra, substancialmente revista, atualizada e ampliada, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., p. 206 e ss.

[333] Cf. aponta A. C. Nunes, *A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 71 e ss.

[334] Nesse sentido, a lição de Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 115.

[335] Cf. Podlech, *in*: *AK I*, p. 281.

limite material expresso ao poder de reforma constitucional (art. 79, inc. III), tal não se verifica nossa Constituição. Além disso, também não previu o nosso Constituinte de 1987/88 a intangibilidade do princípio, assim como expressamente o fizeram os pais da Lei Fundamental Alemã de 1949. Assim, se na doutrina e na jurisprudência alemãs a posição majoritária – mas não absoluta – sustenta a impossibilidade de se estabelecerem restrições (mesmo com base em outros valores constitucionais) ao princípio da dignidade humana ou no conteúdo de dignidade dos demais direitos fundamentais,[336] entre nós – à míngua de disposição expressa – tal constatação (da intangibilidade da dignidade da pessoa humana) merece alguma reflexão.

Em primeiro lugar, constata-se que a ausência de norma expressa dispondo sobre a intangibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana não significa, por si só, que esta se encontre sem proteção em nossa ordem constitucional. Na medida em que os direitos e garantias fundamentais (ao menos boa parte deles) podem ser considerados expressões e concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se que – pelo menos de forma indireta – o conteúdo de dignidade dos direitos fundamentais constitui limite material ao poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF), tema sobre o qual voltaremos a nos debruçar na última parte desta obra. De outra parte, é possível argumentar-se que, sob o aspecto de decisão fundamental sobre a posição da pessoa humana em nossa ordem constitucional, o princípio (fundamental) da dignidade da pessoa humana integra a essência e, consequentemente, a própria identidade da Constituição, razão pela qual parece razoável sustentar-se o ponto de vista segundo o qual o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF) pode ser tido como verdadeiro limite material implícito autônomo ao poder de reforma da Constituição.

Todavia, ainda que se possa sustentar a sua condição de limite ao poder constituinte derivado, tal constatação não conduz, por si só, a uma intangibilidade do princípio, já que pela sistemática de nossa Constituição apenas são vedadas emendas (ou propostas de emendas) que revelem uma tendência à abolição das normas elencadas no rol das "cláusulas pétreas", princípio que evidentemente há que aplicar aos limites implícitos. Na medida em que a problemática da proteção dos direitos fundamentais contra a ação erosiva do legislador, notadamente do Poder Constituinte reformador, constitui capítulo específico deste trabalho, importa aqui apenas delinear alguns aspectos da problemática. Especificamente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, sua absoluta intangibilidade deve ser buscada em outra esfera. Com efeito, na medida em que a dignidade é algo inerente à essência do ser humano e que o qualifica como tal, sustenta-se que a dignidade da pessoa humana é algo do qual nem este pode livremente dispor, sendo, portanto, irrenunciável, inalienável e intangível.[337] Relembre-se, nesse contexto, que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade, e é a dignidade de cada pessoa que deve ser objeto do respeito e proteção por parte do Estado e da comunidade.

[336] Cf., dentre tantos, Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgezetz*, p. 104, e Podlech, *in*: *AK I*, p. 297. Em favor de restrições recíprocas em função da dignidade de uma outra pessoa, v. C. Starck, *in*: *von Mangoldt-Klein*, p. 39 e ss.

[337] A este respeito, v. a lição de Podlech, *in*: *AK I*, p. 296-7. Assim também já lecionava H.C. Nipperdey, *in*: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Org.), *Die Grundrechte*, vol. II, p. 21-3. Versando precisamente sobre a indisponibilidade da dignidade e do núcleo em dignidade dos direitos fundamentais, v., entre nós, o recente ensaio de J. A. Peres Gediel, "A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador", *in*: I. W. Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 159 e ss.

Pode afirmar-se, portanto, à luz do exposto, que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, nesse sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana. Admitindo-se a viabilidade de eventuais restrições ao próprio princípio (mas não ao valor!) da dignidade humana – como aceita parte da doutrina, inclusive entre nós[338] – não há como transigir no que tange à preservação de sua essência, já que sem dignidade o ser humano estaria renunciando à própria humanidade. De qualquer modo – e insistimos nisso – causa espécie a tentativa de graduar a dignidade para fins de admitir sua restrição, já que o reconhecimento de diversos níveis de dignidade constitui, em verdade, uma *contradictio in terminis*, uma vez que é a dignidade das pessoas que as torna iguais em humanidade. Da mesma forma, não se trata de refutar a possibilidade de alguma relativização inerente à dignidade como princípio jurídico, já que – para além da dimensão axiológica – são os órgãos (pessoas) encarregados da aplicação da Constituição que sempre acabarão por definir se houve, ou não, uma ofensa à dignidade,[339] de tal sorte que definir o que é a dignidade sempre é, de certo modo, delimitar seu âmbito de proteção normativo.

Por derradeiro, há que tecer algumas considerações sobre a íntima vinculação entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, importa salientar, de início, que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nessa devem ser interpretados.[340] Entre nós, há quem sustente que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce o papel de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando-lhes unidade e coerência.[341] Não é possível desconsiderar, nesse contexto, que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade de cada pessoa humana, justificando – como já visto – o reconhecimento de direitos fundamentais diretamente vinculados à proteção das liberdades pessoais e da isonomia. Que o direito à vida e à integridade física e corporal garante, em última análise, o substrato indispensável à expressão da dignidade também já ficou evidenciado e pode ser tido como praticamente incontroverso. O mesmo, calha recordar, ocorre relativamente à proteção da intimidade e da esfera privada dos indivíduos.[342] Nesse sentido, há que compartilhar o ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são

[338] Essa a posição advogada por E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 52-3, por sua vez, arrimado na doutrina do jusfilósofo germânico R. Alexy. Em sentido oposto, registra-se a lição de Rizzatto Nunes, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Doutrina e jurisprudência*, p. 5 e ss., advogando que os valores são relativos e os princípios absolutos, partindo, portanto, de uma concepção distinta de valor e princípio da que aqui está sendo adotada.

[339] Aqui remetemos novamente ao nosso *Dignidade da pessoa humana...*, p. 123 e ss. Sobre o ponto, v. também, O. V. Vieira. *Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69, discutindo, além disso, uma série de decisões do STF sobre o tema.

[340] Não é outra a lição de K. Stern, *in*: *Staatsrecht III/1*, p. 33.

[341] Cf. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 54.

[342] Sobre este vínculo, v. especialmente, no Brasil, a contribuição de T. Limberger, *O Direito à Intimidade na Era da Informática*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 116 e ss.

– em certo sentido – mero desdobramento.[343] Em relação aos direitos fundamentais, a posição do princípio da dignidade da pessoa humana assume a feição de *lex generalis*, já que, quando suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexiste razão para invocar-se autonomamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que não pode propriamente ser considerado de aplicação meramente subsidiária, até mesmo pelo fato de que uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente pode constituir ofensa ao seu conteúdo de dignidade.[344]

O estreito entrelaçamento entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais não se restringe, contudo, aos aspectos referidos. Para além da tríade vida, liberdade e igualdade, também há outros direitos fundamentais (mesmo fora do Título II da nossa Constituição) que podem ser diretamente reconduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana. Saliente-se, nesse contexto, que outros princípios fundamentais podem ser considerados como exigências da dignidade do indivíduo. Assim ocorre com o princípio democrático (art. 1°, *caput*), o da soberania popular (art. 1°, parágrafo único), o do pluralismo político (art. 1°, inc. V), bem assim com o princípio do Estado de Direito (art. 1°, *caput*), por sua vez concretizados em outras normas constitucionais, inclusive no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, como se verifica pelos exemplos do direito de sufrágio, de voto, pelo direito de portar a nacionalidade brasileira, de ser titular de direitos políticos, na inafastabilidade do controle judiciário, nas garantias processuais etc. O mesmo se aplica aos diversos princípios (como, por exemplo, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [art. 1°, inc. IV], os objetivos fundamentais da construção de uma sociedade justa, livre e solidária [art. 3°, inc. I] ou da erradicação da pobreza e da marginalização [art. 3°, inc. III]), que consagram, entre nós, a concepção do Estado social e aos quais podem ser reportados os direitos fundamentais sociais, sem que se desconsidere a vinculação entre estes e a garantia de uma vida digna, com liberdade e igualdade reais. Não deveria haver, por exemplo, qualquer resquício de dúvida no que concerne à importância do direito à saúde, à assistência e previdência social, à educação, tanto para o efetivo gozo dos direitos de vida, liberdade e igualdade, quanto para o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Sem qualquer pretensão de aprofundar este aspecto – até mesmo em face da inviabilidade de se aferir caso a caso a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os diversos direitos e garantias fundamentais –, importa ter em mente, num primeiro momento, a variabilidade do conteúdo em dignidade de cada direito fundamental, que seguramente não é o mesmo no direito à vida e no direito ao 13° salário, assim como não é o mesmo em se comparando o direito de livre manifestação do pensamento e a norma que concede aos trabalhadores a participação nos lucros da empresa. Como referido alhures, a amplitude do nosso catálogo de direitos fundamentais e as peculiaridades de diversos de seus preceitos justificam inclusive que se questione até mesmo a respeito da existência de normas definidoras de direitos fundamentais não recondutíveis – ainda que de forma indireta – ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda que este possa ser considerado princípio basilar e uniformizador de toda a ordem constitucional, haveria como sustentar – apenas

[343] Nesse sentido, v. E. Benda, *in*: Benda/Maihofer/Vogel (Org.), *HBVfR*, vol. I, p. 166.

[344] Essa a lição de Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 119.

para retomar alguns dos exemplos já citados – que as normas contidas no art. 5°, incs. XXI e XXXI, ou mesmo no art. 7°, inc. XXVI, todos de nossa Constituição, constituem exigência da dignidade da pessoa humana? De qualquer modo, entendemos ser possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana.[345]

Não é difícil, portanto, perceber que, com algum esforço argumentativo, tudo que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana. Não é, contudo, nesse sentido que este princípio fundamental deve ser considerado na condição de elemento integrante da matéria dos direitos fundamentais, pois, se assim fosse (convém ressaltá-lo), toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia, seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana) à condição de materialmente fundamental. O que se pretende com os argumentos ora esgrimidos é demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar – mas não exclusivo – para a construção de um conceito material de direitos fundamentais, assumindo de tal sorte, de acordo com a sugestiva formulação de Carlos R. Siqueira Castro, a função de elemento proliferador de direitos fundamentais ao longo dos tempos.[346] Além disso, abstraindo-se, por ora, os demais referenciais a serem analisados, é preciso ter sempre em mente que determinada posição jurídica fora do catálogo, para que efetivamente possa ser considerada equivalente, por seu conteúdo e importância, aos direitos fundamentais do catálogo, deve, necessariamente, ser reconduzível de forma direta e corresponder ao valor maior da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, há que questionar a respeito da possibilidade de existirem direitos fundamentais fora do catálogo que não possuam necessariamente um conteúdo diretamente fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, já que este, salvo melhor juízo, não constitui elemento comum (no mínimo, não igualmente comum) a todos os direitos fundamentais do catálogo.[347]

É justamente nesse contexto que assumem relevo os demais princípios fundamentais, visto que, a exemplo da dignidade da pessoa humana, também cumprem função como referencial hermenêutico, tanto para os direitos fundamentais, quanto para o restante das normas da Constituição. Além de atuarem como fundamento para eventual dedução de direitos não escritos (mais especificamente, dos direitos decorrentes dos quais fala o art. 5°, § 2°, da CF), deverão servir de referencial obrigatório para o reconhecimento da fundamentalidade material dos direitos garimpados fora do catálogo, que, consoante já frisado, devem guardar sintonia com os princípios fundamentais de nossa Carta.

[345] Nesse sentido, a lição de Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 102, que nos fala de explicitações, em 1° e 2° graus, do princípio da dignidade da pessoa humana.

[346] Cf. C. R. Siqueira Castro, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 21.

[347] Atente-se para o fato de que a ausência de vinculação direta (e mesmo indireta) entre alguns direitos fundamentais do catálogo (Título II da CF) com o princípio da dignidade da pessoa humana não conduz necessariamente ao entendimento de que os direitos fora do catálogo possam dispensar esta vinculação. Com efeito, na medida em que, ao menos de acordo com a doutrina por nós adotada, milita em favor dos direitos fundamentais da Constituição uma presunção de constitucionalidade (fundamentalidade) em sentido material, verifica-se que esta fundamentalidade material pode, de fato, não existir. Portanto, poder-se-á sustentar que nada impede que se considerem, para efeitos de identificação de direitos fora do catálogo, materialmente fundamentais, apenas as posições que constituem exigências diretas (ou, no mínimo, indiretas), do princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3.3.2.3. Outros referenciais para a construção de um conceito material de direitos fundamentais. Além da estreita vinculação, já apontada, entre os princípios fundamentais de nossa Constituição, especialmente o da dignidade da pessoa humana, e os direitos fundamentais expressos e não escritos localizados fora do Título II, podemos identificar outros referenciais relativos à construção de um conceito material de direitos fundamentais. Aqui voltamos a nos socorrer da lição do mestre lusitano Vieira de Andrade, que, ao lado da já referida e analisada vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana, identifica a matéria dos direitos fundamentais primordialmente pela existência do que denominou de um "radical subjetivo", na medida em que todos os direitos fundamentais se diferenciam das demais categorias por outorgarem ao indivíduo (isoladamente ou na condição de integrante de uma coletividade) certas posições subjetivas. Esta subjetividade, segundo sustenta Vieira de Andrade, constitui característica essencial e preponderante da estrutura normativa de todos os direitos fundamentais.[348] Como terceiro e último critério distintivo proposto pelo autor, todos os direitos fundamentais possuem função protetiva (ainda que de intensidade variável), já que necessariamente objetivam assegurar e proteger certos bens individuais ou coletivos considerados essenciais.[349] Importa salientar, por derradeiro, que todos os três critérios permitem, em seu conjunto (na acepção do citado autor), definir a matéria dos direitos fundamentais no contexto de sua autonomia relativa na sistemática da Constituição e alcançar, de tal modo, a identificação de um conceito material de direitos fundamentais.

A tentativa levada a efeito por Vieira de Andrade foi criticada por parte da doutrina lusitana, de modo especial sob a acusação de não ser constitucionalmente adequada, censura esta que também deveria aplicar-se ao caso brasileiro, dada a similitude entre ambos os sistemas, particularmente pela acolhida de direitos fundamentais sociais nos respectivos textos. A crítica de Gomes Canotilho,[350] embora parcialmente procedente, não desqualifica os critérios formulados, que, no entanto, devem ser complementados e devidamente adaptados no sentido de englobarem os direitos sociais e para encontrarem a devida inserção no contexto global do regime e dos princípios fundamentais dos arts. 1° a 4° da CF, além de guardarem relação com as normas contidas no catálogo da Constituição (arts. 5°, 6° e 7°, especialmente). Nesse sentido, cumpre lembrar que o respeito e a proteção da dignidade humana são, também para o Estado brasileiro (ainda que não de forma exclusiva), valores fundamentais subjacentes e informativos de toda a ordem constitucional, e não apenas do título relativo aos direitos fundamentais.[351]

[348] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 84. Encontramos semelhante posição no direito alemão, onde se aponta para a necessária e íntima conexão entre a norma em exame ("candidata" a ser guindada à posição de direito fundamental) com norma constitucional que consagra direito subjetivo (v. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 361), consignando-se aqui o sentido elástico e não limitado à ideia de direito subjetivo na condição de diretamente justificável. O mesmo autor (ob. cit., p. 367) ainda aponta para a estreita relação entre a maior parte (para não dizer quase que totalidade) dos direitos fundamentais e a pessoa individual, ressaltando, neste contexto, a existência de um radical subjetivo, no sentido advogado por Vieira de Andrade.

[349] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 85.

[350] Segundo a lição de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 542-3, a proposta de Vieira de Andrade não corresponde à realidade constitucional portuguesa, por negligenciar a abrangência do catálogo dos direitos fundamentais, que contempla expressamente os direitos econômicos, sociais e culturais.

[351] Nesse sentido, E. P. de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 48 e ss., inobstante exista – consoante já frisado – a possibilidade de controverter-se a característica unificadora do princípio da dignidade humana com relação a todo o sistema dos direitos fundamentais.

Outro ponto de partida relevante para a construção de um conceito material de direitos fundamentais à luz da nossa atual Constituição é a circunstância (já devidamente explicitada) de que podemos encontrar tanto direitos materialmente fundamentais de cunho negativo (direitos de liberdade, igualdade e as correspondentes garantias), quanto direitos prestacionais, sem excluir aqui os direitos e liberdades de participação política. Relembre-se, nesse contexto, a íntima vinculação dos direitos fundamentais com os princípios fundamentais que caracterizam o nosso Estado como democrático e social de Direito. Tal constatação é de suma relevância para a compreensão de que a nossa Constituição contempla um conceito unitário e abrangente de direitos fundamentais, englobando os diferentes grupos de direitos nas suas mais variadas funções e sentidos.

Critério que também pode auxiliar na identificação da matéria dos direitos fundamentais é a distinção que deve ser traçada entre as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, vinculadas à regulamentação da posição do homem na sociedade e, principalmente, perante o Estado, e as normas da parte organizatória da Constituição, porquanto, apesar da interpenetração e fluidez entre ambas as esferas, não há como sustentar, ao menos em princípio, a existência de preceito de cunho tipicamente organizatório e que possa ser, ao mesmo tempo, autêntica norma definidora de direito ou garantia fundamental localizada fora do catálogo da Constituição.[352] Cuida-se, contudo, de critério meramente supletivo e indiciário, ainda mais no caso brasileiro, em que no próprio catálogo dos direitos fundamentais podem ser encontrados alguns exemplos que, salvo melhor juízo, mais adequadamente deveriam constar na parte organizatória da nossa Lei Suprema.

Ainda no que concerne à identificação dos critérios para definir a matéria dos direitos fundamentais no direito constitucional pátrio, cumpre fazer referência a dois parâmetros desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência espanholas com base do direito constitucional positivo daquele país, quais sejam, o da tutela jurisdicional outorgada aos direitos fundamentais e a teoria do conteúdo essencial destes. Cuida-se, outrossim, de critérios, ao menos em princípio, aplicáveis também aos direitos constitucionais alemão e português, na medida em que também a Lei Fundamental de Bonn prevê o direito e a garantia fundamental da ampla proteção judicial (art. 19, inc. IV) e a preservação do conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais contra a ação do legislador (art. 19, inc. III), normas complementadas pelo art. 93, inc. I, nº 4, alínea *a*, onde se prevê a possibilidade de uma ação individual para defesa dos direitos fundamentais constantes do catálogo, bem como dos direitos equiparados ou análogos elencados na citada norma, perante o Tribunal Federal Constitucional, além da proteção expressa outorgada pela inclusão (ainda que indireta) dos direitos fundamentais nas assim denominadas "cláusulas pétreas" da Lei Fundamental (art. 79, inc. III).[353]

[352] A respeito deste critério distintivo, v. K. Stern, *Das Staatsrecht III/1*, p. 363.

[353] O art. 93 da Lei Fundamental da Alemanha consagra a existência de direitos fundamentais fora do catálogo, não havendo consenso no que concerne à circunstância de estes estarem limitados aos expressamente referidos na citada disposição constitucional. Além disso, há que apontar a existência de ampla controvérsia não somente com relação à terminologia utilizada, mas também – e principalmente – no que diz respeito à existência de outros direitos fundamentais não constantes no catálogo (arts. 1º a 19 da LF) ou na norma constitucional ora em exame. Outrossim, é de consignar-se o dissídio doutrinário com relação à amplitude do alcance do art. 93, inc. I, nº 4, alínea *a*, da LF, na medida em que expressivo número de autores limitam a proteção à dimensão subjetiva destes direitos fundamentais equiparados (ou análogos). Sobre a problemática dos direitos fundamentais fora do catálogo no direito constitucional alemão, v., dentre outros, K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 358 e ss., que, aliás, é defensor de uma exegese mais ampla.

No direito constitucional português, a preservação do conteúdo essencial encontra-se prevista no art. 18/3 da Constituição de 1976, o qual, conjugado com o art. 17, revela que apenas os direitos, as liberdades e as garantias do Título II e as posições jurídicas que a estes possam ser equiparadas (direitos análogos) se beneficiam do regime jurídico reforçado outorgado pela Constituição a essa categoria dos direitos fundamentais, excluindo, portanto, os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III. Além disso, muito embora a Constituição portuguesa não restrinja o acesso à Justiça Constitucional a determinada categoria de direitos fundamentais, o princípio da aplicabilidade direta previsto no art. 18/1 igualmente só se aplica aos direitos, liberdades e garantias (e análogos), o que – como não poderia deixar de ser – acarreta importantes reflexos no que concerne à intensidade e ao alcance da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais.

Em que pese o caráter sedutor destas soluções alienígenas ora rapidamente enunciadas, cuja relevância para a dogmática jurídica, de modo especial no campo da atuação do legislador na seara dos direitos fundamentais é inquestionável, tenho para mim que sejam inaplicáveis (ao menos integralmente) ao caso brasileiro, e isso por diversos motivos. Com efeito, verifica-se que a Constituição de 1988 tratou de forma isonômica todos os direitos fundamentais por ela consagrados, não criando mecanismo específico para a proteção judicial de apenas determinado grupo de direitos fundamentais. Além disso, inexiste previsão expressa da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, seja para uma categoria específica, seja para todas as posições jurídicas fundamentais constantes no catálogo (Título II), ou fora deste, o que não significa que os direitos fundamentais consagrados pela nossa Constituição não possuam um conteúdo essencial impenetrável, como se verá oportunamente, até mesmo para o poder de reforma constitucional.[354] A nota distintiva entre a nossa ordem constitucional e a dos países referidos reside tanto no conteúdo da cláusula de abertura consagrada no art. 5º, § 2º, que não restringe os direitos fundamentais fora do catálogo a direitos expressamente positivados em outras partes do texto constitucional, quanto – e principalmente – na circunstância de inexistir um regime jurídico diferenciado para determinado grupo de direitos fundamentais fixado com base nesse critério. Na verdade, o que se verifica é que a doutrina espanhola recorre à noção do conteúdo essencial para identificar quais as posições jurídicas da Constituição que merecem a proteção reforçada, dentre outros aspectos, da garantia do conteúdo essencial e do recurso de amparo ao Tribunal Constitucional, na medida em que somente estas posições pertencem à categoria dos direitos fundamentais, e não, por exemplo, à classe dos "principios rectores de la orden económica y social" do Capítulo III (arts. 39 a 52 da Constituição Espanhola).[355]

Pela não taxatividade posicionam-se também Maunz-Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, p. 128. Em sentido contrário, averbe-se a lição de Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 16, os quais entendem não haver suporte normativo para uma interpretação mais liberal em prol da abertura a outros direitos fundamentais que não os expressamente consagrados. De qualquer modo, existe convergência substancial nas posições quanto ao fato de somente os direitos fundamentais constantes do catálogo e nominados no art. 93, inc. I, nº 4, alínea *a*, da Lei Fundamental poderem ser objeto de proteção judicial pela Corte Constitucional Federal por intermédio da *Verfassungsbeschwerde* (espécie de reclamação constitucional semelhante ao recurso de amparo espanhol). Nesse sentido, por todos, Maunz-Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, p. 128.

[354] Sobre a proteção do núcleo essencial no direito brasileiro, *v.* entre outros, a recente contribuição de G. F. Mendes, *in: Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 241 e ss.

[355] Sobre o núcleo essencial como critério identificador da fundamentalidade dos direitos fundamentais na Constituição Espanhola de 1978, v., dentre outros, J.R. Cossio Diáz, *Estado Social y Derechos de Prestación*, p. 68 e ss.

A tese da identificação dos direitos fundamentais com base no critério do conteúdo essencial e sua aplicação como critério aferidor da fundamentalidade material dos direitos fundamentais no direito brasileiro deve igualmente ser rechaçada, porque, além de todos os direitos fundamentais possuírem um núcleo essencial que deve remanescer intocado (lembre-se das "cláusulas pétreas"), cumpre referir que este conteúdo (que também poderia ser denominado de núcleo duro) não é idêntico para todos os direitos fundamentais, identidade esta que sequer pode ser reivindicada para o valor da dignidade humana presente nos direitos fundamentais, mais ou menos intenso, ao menos no que diz com as diferentes posições.[356]

De tudo que até agora foi exposto, não pode ser olvidado que, apesar das dificuldades de se obter um critério geral, unificado e definitivo para um conceito material de direitos fundamentais, há que considerar a existência de critérios distintivos e calcados de forma direta ou indireta na ordem constitucional positiva, os quais propiciam, no caso concreto, uma identificação constitucionalmente adequada e, portanto, relativamente segura, dos direitos materialmente fundamentais.[357] Cuida-se, por certo, de atividade essencialmente cometida ao Poder Judiciário, tratando-se de uma espécie de criação jurisprudencial do Direito, verdadeira "*Rechtsfindung*",[358] embora possa haver grande divergência sobre seus limites. Os critérios, ora sucintamente esboçados e indiscutivelmente carecedores de uma avaliação crítica e aperfeiçoamento, objetivam, num primeiro momento, demonstrar o quanto é complexa e árdua é a tarefa de identificação dos elementos integrantes do conceito material de direitos fundamentais que domina em nossa ordem constitucional. Além disso, cumprem função meramente instrumental e auxiliar, como referenciais demarcando o caminho a percorrer pelo intérprete numa atividade inevitavelmente caracterizada por alta dose de subjetividade. Se tais critérios puderem de alguma forma facilitar o trabalho no caso concreto, certamente já terão justificado sua existência.

4.3.4. Direitos fundamentais localizados fora do catálogo da Constituição: as diversas categorias e a busca de exemplos

4.3.4.1. Considerações preliminares

O enunciado deste item traduz, em verdade, mais uma interrogação do que uma afirmativa categórica, porquanto a busca de exemplos concretos de direitos fundamentais fora do catálogo[359] pressupõe, como já apontado, elevada dose de subjetividade, esbarrando, ainda, numa carência de exemplos no seio de nossa doutrina. Nesse particular, cumpre traçar uma linha divisória entre os direitos situados no texto constitucional e os que podem ser encontrados nos tratados ou convenções internacionais. A distinção se faz necessária pela evidente diferença de tratamento que envolve cada uma das categorias. Nesta atividade investigatória há, contudo, como adotar alguns critérios que nos parecem úteis, no mínimo no que concerne ao método do trabalho a ser desenvolvido, atentando, inclusive, para critérios ligados à facilidade. Assim, cremos deva ser dada a preferência aos direitos fundamentais expressamente positivados no texto constitucional, partindo-se, após, para os tratados internacionais sobre direitos humanos firmados pelo nosso País.

[356] Reportando-nos, no mais, ao que já foi objeto de análise, apontamos aqui apenas para um singelo exemplo. Nesse sentido, não há como negar a inequívoca distinção entre o conteúdo de dignidade humana e o núcleo essencial do direito ao 13º salário e ao salário mínimo (respectivamente, art. 7º, incs. IV e VIII, da CF).

[357] Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 125 e ss.

[358] Aqui cabe citar o entendimento de J.M.M. Cardoso da Costa, *in: BMJ nº 396 (*1990), p. 13 e ss.

[359] A expressão "catálogo" vai aqui utilizada (para que se tenha bem claro do que se está a falar) como significando o rol dos direitos e garantias fundamentais expressamente designados como tais pelo Constituinte e que são localizados em todos os capítulos do Título II da nossa Carta Magna. Assim, resta evidenciado que se admitimos a existência de outros direitos fundamentais além dos expressamente positivados no Título II, é de se admitir que a expressão "catálogo" possui também um sentido mais amplo, como abrangendo todas as posições jurídico-fundamentais, dentro e fora do Título II, sejam elas expressas ou implícitas, inclusive as previstas no direito internacional convencional.

Poder-se-ia argumentar aqui que a circunstância de nos depararmos, no que tange aos tratados internacionais, com posições jurídicas universalmente (no mínimo em caráter regional) reconhecidas como direitos humanos, recomendaria, justamente, fosse percorrido o caminho inverso. Apesar da pertinência da argumentação, tenho para mim que esta esbarra tanto no fato de que o art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental não privilegia os tratados internacionais, que apenas constituem uma das fontes de direitos fundamentais fora do catálogo (ao lado dos não escritos e dos localizados em outras partes da Constituição), quanto na controvérsia que gira em torno do *status* jurídico dos direitos fundamentais de origem internacional. De qualquer modo, havendo como iniciar a busca no texto constitucional, com todas as prerrogativas da fundamentalidade formal e das garantias jurídicas que lhe são inerentes, parece-nos ser esta a solução a ser privilegiada. Além disso, fica aqui a advertência de que os dispositivos a serem referidos não passam de algumas sugestões, assumindo, portanto, cunho meramente exemplificativo, além de estarem sujeitas individualmente a críticas e à análise mais aprofundadas.

4.3.4.2. Direitos fundamentais fora do catálogo, mas com status constitucional formal e material

A mera posição constitucional dos direitos fundamentais fora do catálogo não facilita em muito a tarefa de sua correta identificação, inobstante a sua condição de direito constitucional no sentido formal possa diminuir os riscos de equívoco. Os exemplos em nossa literatura são, também aqui, bastante escassos. Os poucos que localizamos se encontram – salvo exceções – em manuais e comentários anteriores à vigência da atual Constituição, sendo que nesta passaram a ser expressamente consagrados, perdendo assim sua atualidade. Em parte, parece viável a utilização de exemplos garimpados no direito constitucional comparado, cotejando-os com o texto de nossa Constituição e observando o regime e os princípios por ela consagrados. No mais, a pesquisa deverá sempre priorizar o direito constitucional positivo pátrio, tornando-se indispensável que seja devidamente justificada a opção tomada, à luz dos critérios referenciais para a identificação de direitos fora do catálogo já analisados. De qualquer modo, não se deve esquecer a já referida circunstância de que também os assim designados direitos "dispersos na Constituição" comungam do mesmo regime jurídico (da fundamentalidade material e formal) dos direitos constantes do Título II da nossa Carta.[360]

No campo dos direitos de defesa (direitos de liberdade e igualdade, bem como demais direitos de cunho preponderantemente negativo), a invulgar abrangência e

[360] Nesse sentido também L. A. David Araújo e V. S. Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, p. 92-4, que, além de identificarem alguns importantes exemplos, adotam a expressão de "direitos dispersos na Constituição".

casuística do elenco do art. 5º da CF não deixa muito espaço para a revelação de outros direitos similares fora do catálogo. Fica ressalvado, nesse sentido, que a maioria dos direitos elencados no art. 7º (direitos dos trabalhadores) são, por sua essência, direitos de liberdade e de igualdade e que se enquadram no grupo formado pelos direitos de defesa. No mínimo, há que reconhecer uma manifesta similitude quanto à sua estrutura normativa.[361] Todavia, devemos excluí-los de nossa análise, uma vez que já integrantes do catálogo. Ainda assim podemos arriscar alguns exemplos. O direito de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, inc. I), também citado na doutrina germânica, os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (art. 37, incs. VI e VII), assim como o direito dos servidores públicos à estabilidade no cargo (art. 41) que, ademais, constitui verdadeira garantia da cidadania. Poder-se-ia cogitar, ainda, da legitimação ativa para a iniciativa popular legislativa (art. 61, § 2º), que, agregada ao art. 14, inc. III, pode ser considerada como autêntico direito de participação política. Da mesma forma ocorre com a garantia da publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX), bem como com as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150, incs. I a VI),[362] o direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (art. 220), a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, § 5º), e o direito dos filhos a tratamento igualitário e não discriminatório (art. 227, § 6º), que, sem dúvida, constituem dispositivos formalmente constitucionais capazes de se caracterizarem como posições subjetivas e permanentes do indivíduo (isolada ou coletivamente). Além disso, os preceitos referidos revelam nítida preocupação com a proteção da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, constituindo, portanto, direitos materialmente fundamentais ou, no mínimo, passíveis de se enquadrarem nesta categoria.

Na esfera dos direitos sociais, considerados aqui na sua acepção mais ampla (e não meramente prestacional), também podemos garimpar alguns exemplos na CF de 1988. Relativamente problemática é, contudo, a interpretação que se pode conferir ao sentido e extensão dos arts. 6º e 7º, uma vez que ambos os dispositivos exercem influência direta sobre a identificação de outros direitos fundamentais dentro ou fora da Constituição. O art. 6º reza que "São direitos sociais a educação, a saúde, a moradia, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".[363] Levando-se em conta que a educação (também a cultura e o esporte), a saúde, a previdência social, a família (igualmente abrangida a proteção da infância e dos idosos) se encontram novamente previstas nos diversos capítulos do Título VIII (arts. 193 a 232), poder-se-ia especular a respeito da possibilidade da extensão da condição de materialmente fundamentais a todos os direitos aí considerados, uma vez que se trata de preceitos que dispõem especificamente sobre a concretização das categorias genéricas do art. 6º.

[361] Por ocasião da primeira revisão da Constituição portuguesa de 1976, levada a efeito em 1982, parte dos direitos dos trabalhadores antes consagrados como Direitos Sociais (por exemplo, a liberdade de associação sindical) foi transferida para o título dos "Direitos, Liberdades e Garantias".

[362] Com relação ao princípio da anterioridade (art. 150, inc. III, alínea *b* ,da CF), mas também no que diz com as imunidades previstas no inc. VI, alíneas *a*, *b* , *c* e *d* do mesmo dispositivo (uma vez que igualmente abrangidas pela decisão), cabe relembrar o já citado aresto do Supremo Tribunal Federal, proferido na ADIn nº 939-7, que teve as limitações constitucionais ao poder de tributar como autênticos direitos e garantias fundamentais individuais do cidadão.

[363] O direito à moradia foi recentemente objeto de incorporação ao art. 6º da Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

Essa concepção, contudo, não parece corresponder aos objetivos do Constituinte, nem mesmo aos ditames do bom-senso, pois, se assim fosse, teríamos de considerar como fundamentais quase todas as posições jurídicas consagradas nos cerca de 40 artigos da ordem social, com exceção, talvez, de parte das disposições relativas à comunicação social. Também a redação do art. 7º (..."além de outros que visem à melhoria de sua condição social") se revela problemática, embora em menor grau, na medida em que relativo aos direitos dos trabalhadores, não se restringindo, todavia, ao contrário do que parece defluir do art. 6º, ao texto constitucional. Para além disso, ambos os dispositivos dão conta dos problemas gerados com a formulação técnica do texto constitucional e que se fazem sentir com invulgar intensidade em nossa atual Carta.

Além destas considerações, não deveria ser esquecido que também no Título VII da CF de 1988, que dispõe sobre a ordem econômica e financeira (arts. 170 a 192), existem dispositivos que poderiam ser levados em conta como direitos fundamentais de cunho social.[364] Em qualquer caso, reitere-se, hão de ser atendidos os critérios referenciais do conceito material de direitos fundamentais em nossa ordem constitucional, já desenvolvidos. Assim, também na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais podem ser destacados alguns possíveis exemplos de direitos fundamentais fora do catálogo, dispersos no texto constitucional, de modo particular no título relativo à ordem social, tais como o direito à utilização gratuita dos transportes públicos coletivos para pessoas com mais de 65 anos de idade (art. 230, § 2º), o direito à proteção do meio ambiente (art. 225),[365] os direitos à previdência social e à aposentadoria (arts. 201 e 202), bem como o direito à assistência social (art. 203), os quais, a despeito de enunciados em normas de eficácia limitada (não autoaplicáveis), já foram, ainda que de forma por vezes incompleta ou não satisfatória, devidamente concretizados pelo legislador.[366] Além disso, cumpre citar aqui os direitos à saúde (art. 196), à educação (art. 205), ao ensino público fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, inc. I), a garantia do exercício dos direitos culturais (art. 215), o direito ao planejamento familiar incentivado pelo Estado (art. 226, § 7º), à proteção da entidade familiar (art. 226), bem como o direito à proteção das crianças e dos adolescentes (art. 227). Os dispositivos citados, além de outros dos quais aqui se poderia cogitar, certamente não

[364] Aqui poder-se-ia cogitar de um direito fundamental ao usucapião especial e urbano (art. 183 da CF) como manifestação dos direitos à propriedade e à moradia e, Nesse sentido, também como expressão e exigência da própria dignidade da pessoa humana.

[365] O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado integra, na realidade, o rol dos assim denominados direitos de terceira dimensão, cuidando-se de típico direito difuso, inobstante também tenha por objetivo o resguardo de uma existência digna do ser humano, na sua dimensão individual e social. Sobre o tema, sustentando este entendimento, *v.* a recente contribuição de V. P. de Freitas, *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, p. 25. Explorando o tema da proteção ambiental na perspectiva da teoria dos direitos (e deveres) fundamentais, confira-se a importante monografia de F.L.F. de Medeiros, *Meio ambiente: direito e dever fundamental*, 2004, mais recentemente, A. P. Gavião Filho, *Direito fundamental ao ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, O. P. B. Teixeira. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, T. Fensterseifer, *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, P. Bianchi, *Eficácia das Normas Ambientais*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 228 e ss., P. A. Ayala, *Devido Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 239 e ss., bem como, por último, N. de Barros Bello Filho, *Direito ao Ambiente. Da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 16 e ss., que, contudo, bem problematiza a condição do direito ao ambiente como direito subjetivo em relação a tese de uma eficácia objetiva.

[366] Mais recentemente, o direito materialmente fundamental à assistência social, de que cogitamos, já foi objeto de concretização pelo legislador ordinário (Lei nº 8.742-93, denominada de Lei Orgânica da Assistência Social), que, inclusive, já foi regulamentada, cuidando-se (em prevalecendo o ponto de vista aqui proposto) de direito fundamental social diretamente aplicável.

são idênticos no que tange à sua técnica de positivação e eficácia, questão esta que, no entanto, refoge aos objetivos deste capítulo e que será oportunamente retomada.

4.3.4.3. Direitos fundamentais sediados em tratados internacionais

No que diz com os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais, cumpre ressaltar, de início, que estamos abordando um dos aspectos essenciais acerca do relacionamento entre os direitos humanos (de matriz internacional) e os direitos fundamentais constitucionais. Observe-se, nesse contexto, que a nossa Constituição, de acordo com a redação do art. 5°, § 2°, refere apenas os tratados internacionais, não mencionando as convenções ou outras espécies de regras internacionais. Nesse particular, o Constituinte lusitano foi bem mais feliz, ao dispor, no já referido artigo 16/1, que "os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem outros constantes das leis *e regras aplicáveis de direito internacional* (grifei)", impedindo, de tal sorte, interpretação restritiva, da qual se poderia cogitar entre nós, em face da expressão literal do texto constitucional. O entendimento de que o Constituinte de 1988 tenha tido a intenção de excluir completamente do âmbito de abertura material do catálogo dos direitos fundamentais consagrado no art. 5°, § 2°, as regras de direito internacional geral e convencional, deverá, contudo, ser objeto de análise mais detida. Antes, porém, enfrentemos a problemática específica dos tratados internacionais.

Em primeiro lugar, há que fazer a exegese do termo "tratados internacionais", do qual se valeu o Constituinte de 1988, investigando-se, ao menos sumariamente, quais as regras de direito internacional que se enquadram nessa categoria. Nesse particular, a despeito da falta de precisão terminológica e da diversidade de expressões encontradas no direito constitucional positivo, onde não se verifica critério uniforme de distinção entre as diversas espécies de normas internacionais,[367] existe certa unanimidade no seio da doutrina no sentido de que o termo "tratados internacionais" engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, tratando-se de gênero, em relação ao qual as convenções e os pactos (apenas para citar alguns dos mais importantes) são espécies, uma que, de acordo com o seu conteúdo concreto e sua finalidade, os tratados são rotulados diversamente, o que, aliás, decorre da própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que considera "tratado" um termo genérico, "significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular".[368] Na definição de José Francisco Rezek, em sua conhecida obra sobre o Direito dos Tratados, "tratado é o acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos",[369] desimportando – para efeitos de

[367] Nesse sentido, cabe citar os exemplos trazidos por A. Süssekind, *in: Curso de Direito Constitucional do Trabalho*, vol. II, p. 304-5, que apresenta a problemática à luz dos dispositivos de nossa Constituição vigente. A este respeito também a lição de J. F. Rezek, *Direito dos Tratados*, p. 83 e ss., que arrola as seguintes "espécies" (no sentido de terminologias utilizadas) de tratados: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, *modus vivendi*, pacto, protocolo e regulamento (ob. cit., p. 86).

[368] Assim, dentre outros, o entendimento do renomado internacionalista A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, p. 12. Veja-se, por igual, o clássico H. Accioly, *Manual de Direito Internacional Público*, p. 120. Dentre os constitucionalistas, tal circunstância foi referida por J. Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*, vol. II, p. 870, nas suas anotações ao art. 5°, § 2°, da CF.

[369] Cf. J.F. Rezek, *Direito dos Tratados*, p. 21. A respeito do regime do conceito, terminologia, espécies e formação dos tratados internacionais, v., ainda e entre outros, S. Guerra, *Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 38 e ss., bem como a recente e alentada obra de V. O. Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: RT, 2006, p. 116 e ss. (existe reedição recente)

sua caracterização – o rótulo utilizado, uma vez que, em sendo mero instrumento, deve ser identificado por seu processo de produção e pela forma final, não pelo seu conteúdo.[370] Assim, mesmo por meio de uma interpretação estritamente literal (que considera as expressões tratados, convenções, pactos etc. como sinônimas), já é possível evitar consideravelmente uma diminuição do alcance da abertura material do catálogo relativamente aos direitos fundamentais oriundos do direito internacional.

Ainda que assim não fosse, deveríamos ter em mente que, por força de uma interpretação cingida à letra fria do texto, teriam de ser desconsiderados os direitos fundamentais previstos nos Pactos Internacionais da ONU sobre direitos civis e políticos e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da OEA (1969), apenas para citar alguns dos mais relevantes e mais próximos de nós nesta matéria. Em suma, na medida em que os principais documentos internacionais consagradores dos direitos humanos não se enquadram – de acordo com o critério único de sua denominação – na categoria jurídica dos tratados e em se considerando apenas estes como hábeis a servirem de fonte para direitos materialmente fundamentais, estar-se-ia restringindo gravemente (para não dizer completamente) o alcance do art. 5°, § 2°, de nossa Constituição, que outra finalidade não possui senão a de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos. Com efeito, objetivo precípuo da consagração, pela nossa Carta, do princípio da não tipicidade na esfera dos direitos fundamentais certamente não é o de restringir, mas, sim, o de ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional, solução que, aliás, corresponde às exigências de uma ordem internacional cada vez mais marcada pela interdependência entre os Estados e pela superação da tradicional concepção da soberania estatal.

Mais delicada, contudo, a inclusão das regras de direito internacional comum no âmbito de abertura propiciado pelo art. 5°, § 2°, da nossa Carta. Nesse particular, fica evidente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, adotada na forma de uma resolução, não se enquadra na categoria dos tratados internacionais, ao menos não no sentido que lhes imprimiu a Convenção de Viena, consoante já frisado.[371] Ainda que existam documentos que – apesar de levarem o rótu o de "Declarações" – são, na verdade, autênticos tratados,[372] o fato é que a Declaração de Direitos da ONU não possui estas características, salientando-se, ainda, que suas normas não são consideradas juridicamente vinculantes para os Estados da comunidade internacional.[373] Todavia, também aqui (ainda que em detrimento do sentido literal) deve, à evidência, prevalecer a interpretação sistemática, que, na primorosa definição recentemente dada pelo ilustre professor gaúcho Juarez Freitas, deve ser considerada como "uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num

[370] Novamente, J.F. Rezek, *Direito dos Tratados*, p. 83. Sobre o tema, desenvolvendo o tópico à luz das novas contribuições nacionais e estrangeiras, v. também V.O. Mazzuoli, Direito dos Tratados, São Paulo: RT, 2014.

[371] Assim o entendimento de C. D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, p. 553. No mesmo sentido também J.F. Rezek, *Direito Internacional Público*, p. 224.

[372] Aqui também a lição de J. F. Rezek, *Direito dos Tratados*, p. 97-8, que, inclusive, aponta alguns exemplos de tratados denominados pelo termo "declarações".

[373] A este respeito, v. A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, p. 227. Para C. D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, p. 553, a Declaração de Direitos da ONU contém apenas normas de eficácia moral, estabelecendo diretrizes a serem seguidas pelos Estados.

todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos".[374] Com efeito, considerando-se a *ratio* e o *telos* da norma contida no art. 5°, § 2°, da CF, não nos parece razoável excluir – ao menos em princípio – os direitos fundamentais consagrados pela Declaração de Direitos da ONU, ainda mais em se levando em conta que a maior parte das Constituições que a sucederam no tempo nela se inspiraram quando da elaboração de seu próprio "catálogo" de direitos fundamentais.

Outro problema que se apresenta e que merece particular atenção diz respeito à recepção das normas de direito internacional na ordem interna, bem como a sua posição hierárquica com relação ao direito nacional, ou, em se preferindo não falar de uma relação de hierarquia, de sua articulação com o direito interno, designadamente no âmbito de uma relação dialógica. No direito constitucional português existe norma expressa sobre a recepção automática das regras de direito internacional, com algumas restrições (art. 8°, n[os] 1 a 3, da Constituição de 1976). A doutrina lusitana, por outro lado, é majoritária quanto à subordinação hierárquica destas normas ao direito constitucional interno, ressalvando-se, aqui, que não estamos a falar do dispositivo que impõe a interpretação e integração dos direitos fundamentais de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16/2 da Constituição Portuguesa).[375] No direito brasileiro, contudo, ambas as questões estão longe de se encontrarem pacificadas, merecendo, portanto, análise mais detida.

Relativamente ao primeiro aspecto, ligado à forma de incorporação dos tratados ao direito interno, há que apontar a inexistência de preceito expresso na Constituição, dispondo de forma favorável à recepção automática. Ao contrário de diversas Constituições recentes,[376] a regra tradicionalmente adotada em nosso direito constitucional justamente tem sido a da necessidade de procedimento formal de internalização, o qual resulta da interação entre ato do Poder Executivo (a celebração propriamente dita do tratado) e do Poder Legislativo, que, em virtude de disposição constitucional expressa, tem a atribuição de aprovar a celebração do tratado (arts. 84, inc. VIII, e 49, inc. I, ambos da CF). A questão que se coloca, portanto, diz com a possibilidade de se considerarem – forte no art. 5°, § 2°, de nossa Lei Fundamental – os tratados internacionais relativos a direitos humanos (fundamentais) diretamente incorporados ao ordenamento constitucional, independentemente de qualquer procedimento legislativo formal.[377]

[374] Cf. J. Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, p. 54, de onde foi literalmente reproduzida a definição. Cuida-se de obra recente e indispensável para quem deseja obter uma visão atual e inovadora sobre o sentido e alcance de uma hermenêutica sistematizadora e hierarquizadora do direito, resultado de ampla pesquisa e reflexão e um diálogo com os mais importantes juristas do nosso e de todos os tempos que se debruçaram sobre a problemática da hermenêutica (e a listagem revela apenas uma amostragem da farta e importante bibliografia), desde os clássicos Aristóteles e Platão, passando por Pascal, Bacon, Kant e Hegel, até alcançar os modernos (mas não menos "clássicos") Kelsen, Larenz, Bobbio, Canaris, Esser, Habermas, Rawls, Popper, sem olvidar os mais ilustres representantes da doutrina nacional, tais como Maximiliano, M. Reale, Pontes de Miranda, dentre outros tantos.

[375] A respeito do artigo 16/2 da Constituição portuguesa e sobre a recepção e o valor jurídico da Declaração Universal dos Direitos do Homem, v., por todos, J. Miranda, *in*: *RDA n° 199* (1995), p. 1 e ss.

[376] Remetemos aqui aos exemplos colacionados por F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 111 e ss.

[377] Nesse sentido, entre outros, v. C.R. Bastos e I.G. Martins, que, nos seus *Comentários à Constituição de 1988*, vol. II, p. 395-6, advogam o ponto de vista segundo o qual a norma do art. 5°, § 2°, dispensaria a necessidade de qualquer procedimento formal regrando a recepção das normas internacionais, embora não tenham fundamentado mais especificamente seu entendimento.

A despeito das respeitáveis posições favoráveis a esta exegese, verifica-se que o problema não é tão singelo quanto possa parecer à primeira vista. Com efeito, percebe-se que o art. 5°, § 2°, da CF, não obstante tenha consagrado o entendimento de que o rol dos direitos fundamentais reconhecidos em nosso direito constitucional positivo inclui também posições jurídicas fundamentais oriundas de tratados internacionais, não fez qualquer referência expressa à forma de sua recepção. Além disso, o citado preceito constitucional refere expressamente os "tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil *seja parte*" (grifei), revelando, de tal sorte, a necessidade inequívoca de uma adesão formal ao tratado para que possa enquadrar-se na hipótese prevista pelo art. 5°, § 2°, de nossa Carta Magna, o que, aliás, é reconhecido pela doutrina, que condiciona a recepção à ratificação do tratado.[378] Ora, justamente quando o Constituinte, objetivando evidentemente coibir excessos por parte do Executivo no que tange à celebração de tratados internacionais, previu a necessidade de procedimento legislativo prévio para a sua incorporação definitiva ao direito interno, regra esta embasada, ademais, em abalizada doutrina sobre a matéria, torna-se no mínimo de difícil sustentação o ponto de vista segundo o qual, no concernente aos tratados internacionais sobre direitos humanos (fundamentais), bastaria meramente o aval do Executivo. Considerar-se a regra contida no art. 5°, § 2°, da CF, em que pese a ausência de disposição expressa sobre o tema, como tendo caráter excepcional, quando justamente restringe a legitimação democrática na recepção de normas internacionais, não nos parece ser a melhor solução, ao menos sob a ótica do direito constitucional positivo pátrio e por mais que se cuide de um debate que envolve também uma releitura da noção de soberania no âmbito de uma sociedade internacional cada vez mais conectada e interdependente, aspecto que, a despeito de sua transcendental relevância, refoge aos propósitos deste trabalho.[379]

Ainda nesse contexto, cumpre fazer referência à construção doutrinária sustentada na doutrina nacional posterior à vigência da CF de 1988. Neste sentido, afirma-se a adoção de um sistema misto no que concerne à recepção dos tratados internacionais no direito interno. De acordo com essa tese, embasada numa exegese combinada do art. 5°, §§ 1° e 2°, da nossa Lei Fundamental, ficou consagrada a teoria monista,[380] da recepção automática de todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versarem sobre direitos humanos, dispensando qualquer ato formal complementar para que possam ser diretamente aplicados até mesmo pelos Tribunais internos, ao passo que para os demais tratados internacionais continuaria vigorando a teoria dualista, segundo a qual a incorporação ao direito interno somente se aperfeiçoaria após

[378] Assim, dentre outros, o entendimento de F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 114, para quem, desde que ratificados, os tratados internacionais sobre Direitos Humanos irradiam automaticamente seus efeitos no ordenamento jurídico interno, passando imediatamente a assegurarem direitos diretamente exigíveis.

[379] A respeito deste ponto, remetemos, em caráter meramente exemplificativo, ao trabalho de J.A . Carrillo Salcedo, *Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, especialmente p. 56-114. Especificamente no que diz com a noção se soberania no mundo atual, vale conferir o instigante ensaio de L. Ferrajoli, *Derechos y Garantias. La ley Del más débil*, p. 125 e ss.

[380] Não sendo o nosso propósito – a despeito da inquestionável relevância do tema – adentrar aqui a discussão a respeito da adoção da teoria monista ou dualista (ou mesmo de alguma de suas variações), remetemos o leitor à literatura especializada. Nesse sentido, vale conferir as recentes e atualizadas contribuições de N. de Araújo, *Direito Internacional Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146 e ss. e V. O. Mazzuoli, Curso *de Direito Internacional Público*, São Paulo: RT, 2006, p. 47 e ss.

procedimento legislativo.[381] A concepção doutrinária ora citada, em que pese sua sintonia com o princípio de uma interpretação mais favorável aos direitos humanos, não afasta, contudo, a pertinência dos argumentos contrários já referidos, razão pela qual não pode ser aceita sem maior reflexão. De qualquer modo, o tema é fascinante e controverso demais para que aqui se possa esgotar a discussão, de tal sorte que, uma vez enunciadas nossas breves considerações sobre o assunto, remetemos o leitor à literatura especializada.[382]

Outro aspecto que se impõe seja enfrentado (de longe o mais controverso entre nós) diz com a posição hierárquica (ou seja, o valor jurídico) das normas internacionais no ordenamento interno. Em outras palavras, pergunta-se se um direito fundamental extraído de tratado ou convenção internacional possui força normativa idêntica aos direitos consagrados no catálogo ou, em sendo negativa a resposta, se é hierarquicamente superior (nesse caso, subordinado somente à Constituição), ou equiparado ao direito infraconstitucional. A resposta a estas questões constitui pressuposto para a definição do *status* jurídico dos direitos fundamentais com sede nos tratados internacionais, inclusive no que concerne à possibilidade do controle de sua constitucionalidade, bem como sua sujeição, uma vez incorporado ao direito interno, à proteção das assim denominadas "cláusulas pétreas" da Constituição. Outro aspecto dai decorrente, e que será objeto de atenção logo adiante, diz com a possibilidade de um controle de convencionalidade dos atos normativos internos tendo como parâmetro os tratados de direitos humanos.

No que diz com a posição hierárquica do direito internacional com relação ao direito infraconstitucional interno, a doutrina encontra-se dividida. Ao passo que uma corrente sustenta a supremacia do direito internacional,[383] outros consagram a teoria da paridade entre as normas internacionais e a legislação interna, sob o argumento de que, em face da ausência de uma disposição constitucional expressa que consagre a supremacia do direito internacional, deve prevalecer, no caso de conflito entre tratados internacionais e leis internas, o princípio do *lex posterior derrogat priori*, ressalvada a possibilidade de responsabilização do Estado no plano internacional, o que, inclusive, vem sendo consagrado pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do RE nº 80.004, em 1977, apesar da opinião divergente de alguns de seus mais ilustres integrantes.[384]

No que diz com a hipótese específica dos direitos fundamentais que, por via da abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, da nossa Carta, passam a integrar o nosso catálogo (não importando aqui se de forma automática, ou não), a solução não se

[381] Nesse sentido, entre outros, as lições de A. A. Cançado Trindade, bem como em doutrina estrangeira e exemplos extraídos de outras Constituições onde vige o princípio da recepção automática. Assim também A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, p. 407-8 e 430 e ss., seguida, recentemente, por C. Pinheiro, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, p. 74.

[382] Para além das obras já referidas, vale conferir, a respeito da incorporação dos tratados internacionais, os recentes contributos de G. R. Bandeira Galindo, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, p. 137 e ss. e de A. C. Pagliarini, *Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*, p. 137 e ss.

[383] Essa a posição de A. Süssekind, *in*: *Direito Constitucional do Trabalho*, vol. II, p. 309 e ss., mais recentemente reafirmada por A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, p. 403 e ss., e adotada também por F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 90 e ss.

[384] Nesse sentido, a lição de J.F. Rezek, *Direito dos Tratados*, p. 463 e ss., que também reproduz o ponto de vista dos que propugnam a supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação interna.

revela tão singela ou, pelo menos, tão adequada. Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por essa razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, § 2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais. Apenas para citar um exemplo, um dispositivo de um tratado internacional qualquer (por que não o acordo do GATT?) poderia, em tese, ter o mesmo valor hierárquico de um direito fundamental reconhecido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Certamente não é este o sentido que o Constituinte quis atribuir ao art. 5º, § 2º, de nossa Carta ao nele referir expressamente os tratados internacionais.

Consoante lapidar ensinamento de Antonio A. Cançado Trindade, há como sustentar que a Constituição de 1988 aderiu à tendência do constitucionalismo contemporâneo de dispensar um tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos, tendência essa que é "sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central".[385] A este ponto de vista podemos agregar o entendimento de Flávia Piovesan, que, arrimada em lição de Hesse e de Canotilho, advoga a tese de que, em homenagem ao princípio hermenêutico da máxima efetividade das normas constitucionais, ao art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental deve ser outorgada a interpretação que lhe venha conferir a maior realização, ou seja, que estenda aos direitos fundamentais constantes de tratados internacionais força jurídica equivalente aos direitos do catálogo.[386] Outro argumento colacionado pela prestigiada jurista encontra sustentação na noção de que os tratados sobre direitos humanos integram um universo de princípios com a especial força obrigatória de um autêntico *jus cogens*, que os coloca em posição hierarquicamente superior em relação aos demais tratados internacionais, justificando, assim, a diferença de tratamento também na ordem jurídica interna.[387]

À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais

[385] Cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, p. 409.

[386] Cf. F. Piovesan, *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 89-90. Nesse sentido, acabou-se posicionando a doutrina nacional majoritária e expressiva jurisprudência, ainda que o Supremo Tribunal Federal – muito embora os votos divergentes de alguns Ministros – bem como alguns ilustres autores, sigam mantendo o posicionamento da paridade hierárquica entre tratados (mesmo os que dispõem sobre Direitos Humanos) e a lei ordinária. Dentre os outros autores nacionais que sustentam a hierarquia constitucional, lembramos, em caráter exemplificativo, as importantes contribuições de C. Pinheiro, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, p. 74 e ss. e V. de Oliveira Mazzuoli, *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, bem como, com maior desenvolvimento, no seu recente *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: RT, 2006. (existe reedição mais recente)

[387] Cf. F. Piovesan, *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 96 e ss.

constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. No mínimo, contudo, para preservar sua condição específica de direitos materialmente fundamentais e não os remeter a um plano idêntico às leis ordinárias, há que admitir (a exemplo do que entende a doutrina majoritária em Portugal, não obstante sucumbente entre nós) sua supremacia com relação ao direito interno infraconstitucional.[388]

Ainda no que concerne à força jurídica dos direitos fundamentais extraídos dos tratados internacionais, impende considerar que, em se aderindo à tese da paridade com os demais direitos fundamentais da Constituição, incide também o princípio da aplicabilidade direta destas normas pelos poderes públicos nacionais (art. 5°, § 1°, da CF). Além disso, é de cogitar-se da sujeição destes direitos fundamentais de matriz internacional à proteção das assim denominadas "cláusulas pétreas" de nossa Constituição, posição essa que já havíamos sustentado em outra ocasião e que também encontra respaldo na mais recente doutrina.[389] Nesse particular, contudo, impõe-se certa cautela, já que a inclusão dos direitos fundamentais constantes de tratados internacionais no rol dos limites materiais à reforma constitucional, ainda que integrados formalmente ao direito pátrio, não se revela destituída de problemas. No mínimo, causa espécie a possibilidade de se alterar, mediante emenda à Constituição, dispositivo de tratado internacional. Importa salientar, neste contexto, que a atuação do poder de reforma constitucional atua sobre a Constituição formal, ressalvada a possibilidade de incluir-se no texto constitucional algo que nele não foi expressamente contemplado e que com ele guarde a devida sintonia. Cuida-se, portanto, de mais um aspecto carecedor de maior digressão do que a viabilizada nesta abordagem.[390]

Outrossim, cumpre salientar que apenas os dispositivos internacionais compatíveis, no sentido de não contrários a um direito fundamental constitucional, ou dele subversivos, podem ser objetos de cogitação.[391] Reafirme-se, nesse particular, que a

[388] Dentre os autores portugueses, cabe citar J.M.M. Cardoso da Costa, *in*: *BMJ nº 396* (1990), p. 21 e ss.

[389] Nesse sentido, v. o nosso artigo "*Valor de Alçada e Duplo Grau de Jurisdição: Problematização em Nível Constitucional à Luz de um Conceito Material de Direitos Fundamentais*", publicado na revista AJURIS nº 66 (1996), p. 85 e ss. Assim também F. Piovesan, *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 98 e ss., que, de forma apropriada, faz a ressalva de que, apesar de inviável a supressão por via de emenda constitucional, sempre é viável a denúncia posterior do tratado, acarretando, desta forma, um tratamento no mínimo parcialmente diferenciado em relação aos direitos fundamentais da Constituição. Com relação à posição sustentada por F. Piovesan, ousamos divergir no que concerne à abrangência material da proteção outorgada pelas "cláusulas pétreas". Ao passo que a conceituada jurista exclui os direitos coletivos desta proteção, entendemos que ela se estende a todo e qualquer direito fundamental, individual ou coletivo, de cunho negativo ou prestacional, aspecto que será objeto da nossa atenção no último segmento desta obra.

[390] Aqui também remetemos para os recentes aportes de G.R. Bandeira Galindo, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos...*, p. 303 e ss., e A. C. Pagliarini, *Constituição e Direito Internacional...*, p. 211, ambos agregando argumentos e advogando a impossibilidade até mesmo de denúncia dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, matéria que, de resto, está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1625, relator Min. Maurício Corrêa (substituído pelo Min. Eros Grau) onde se discute a inconstitucionalidade da denúncia unilateral da Convenção nº 158 da OIT. Sobre o tema, v. ainda a argumentação de V. O. Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 503, destacando que caso aprovado por emenda constitucional, os tratados de direitos humanos não poderiam mais ser denunciados nem mesmo mediante aprovação pelo Congresso Nacional. No mesmo sentido, v. ainda N. de Araújo, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 169. Em sentido crítico, v. por último, A. de C. Ramos, "O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, *in*: D. Sarmento e I. W. Sarlet (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9 e ss.

[391] Nesse sentido, embora com a ressalva de que se cuida de entendimento concernente à Constituição portuguesa, é de aproveitar-se a lição de J. Miranda, *in*: *RDA nº* 199 (1995), p. 18. Também merece referência o entendimento de que, em matéria de direitos fundamentais, até mesmo a Constituição estaria subordinada aos tratados internacionais, sinalizando, de tal sorte, o caráter supranacional dos direitos fundamentais.

abertura propiciada pelo art. 5°, § 2°, da CF de 1988 objetiva a complementação ou mesmo a eventual ampliação do catálogo dos direitos fundamentais. Eventuais (e até mesmo inevitáveis) colisões, a exemplo das que podem ocorrer, inclusive, entre os próprios direitos integrantes do catálogo, devem ser resolvidas pela aplicação das regras próprias, sem que se possa partir da premissa de uma solução sempre favorável à prevalência de um ou outro, no sentido de uma solução apriorística e aplicável a todas as hipóteses. A doutrina e a jurisprudência nacional têm adotado habitualmente o critério da opção mais benéfica à pessoa (princípio do *in favor persona*). Alguns falam até mesmo da solução mais favorável à vítima, exegese essa que entendemos questionável, já que, cuidando-se de um conflito entre posições fundamentais de pessoas diversas, em muitos casos, teremos "vítimas" – isto é, pessoas atingidas em seu direito pela conduta de terceiro – em ambos os polos da relação. Certo é que também aqui haverá de se buscar uma harmonização das posições conflitantes, no âmbito de uma concordância prática (tal como proposta por Konrad Hesse) e que inevitavelmente passa por uma hierarquização dos valores e princípios em pauta (Juarez Freitas). Para não nos omitirmos aqui no que diz com uma tomada de posição pessoal e sem que se possa aqui aprofundar este aspecto, adotamos o entendimento de que na dúvida impõe-se a opção pela solução mais afinada com a proteção da dignidade da pessoa humana (*in dubio pro dignitate*), tal qual nos propõe Juarez Freitas, ainda que em outro contexto.[392]

No que diz com as restrições à recepção de direitos fundamentais oriundos de normas internacionais, ainda que não se cuide de matéria de cunho constitucional, poder-se-ia cogitar, ao menos em tese, da aplicação do disposto no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que passou a ser designado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), de acordo com o qual "as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes". Aqui, embora não se trate de restrição efetuada pela Constituição à recepção de normas internacionais, cuida-se de limites expressos ao reconhecimento da eficácia interna de normas alienígenas no âmbito do direito positivo nacional. Todavia, há que levar em conta algumas dúvidas que podem surgir quanto a real importância do citado preceito no caso específico da problemática que envolve a abrangência do art. 5°, § 2°, da CF. Em primeiro lugar, o art. 17 da Lei de Introdução às Normas não menciona expressamente os tratados ou convenções internacionais, embora aqui uma exegese mais elástica, abrangendo as normas legais alienígenas em sentido amplo como regras jurídicas não nacionais, seja perfeitamente viável. De outra banda, poder-se-ia questionar se um tratado ou convenção firmado pelo Brasil (quanto mais se já tiver sido ratificado) ainda se enquadra no campo de abrangência do referido dispositivo, uma vez que, nessa segunda hipótese, já se trata de norma incorporada ao ordenamento interno. A barreira fixada pela Lei de Introdução, nesse caso, poderia ser interpretada como obstáculo a ser considerado no próprio procedimento de recepção da norma internacional. Por outro lado, verifica-se, em tese, um possível conflito de hierarquia entre as normas. Em se considerando o tratado internacional, uma vez ratificado e transformado em lei interna, como

[392] Cf. J. Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., p. 207, lembrando que "mais do que *in dubio pro libertate*, princípio significativo nas relações do cidadão perante o Poder Público, faz-se irretorquível o mandamento segundo o qual, em favor da dignidade, não deve haver dúvida...".

norma de hierarquia superior aos atos legislativos infraconstitucionais, estaria ele sujeito às restrições previstas na Lei de Introdução às Normas? E em se tratando de direito fundamental reconhecido em documento legislativo internacional? São questões que, dentre outras, ora nos escapam, mas que indubitavelmente merecem análise mais detida em outro momento, pois extrapolam os limites e objetivos do presente estudo. De qualquer modo, há como sustentar, no âmbito de uma interpretação mais elástica, que o art. 17 da Lei de Introdução às Normas justamente reforça o entendimento de que os direitos fundamentais no sentido meramente material, caso tidos como hierarquicamente inferiores à Constituição e superiores às normas infraconstitucionais, não podem conflitar com os princípios fundamentais dos arts. 1° a 4° ou com os direitos expressamente consagrados no catálogo da Constituição.

A tarefa de identificação dos direitos fundamentais com fonte no direito internacional assume dimensão especialmente penosa, de modo especial em face do grande número de direitos contemplados pela nossa "Carta Magna" e pela necessidade de se pesquisar nos textos internacionais firmados pelo Brasil e em toda a legislação na busca de exemplos concretos. Tal tarefa, todavia, não constitui o objeto precípuo deste estudo. Um dos direitos habitualmente referidos pela doutrina é o direito de resistência, nada obstante seja preciso fazer a ressalva de que muitos autores, dentre os quais Pontes de Miranda, o tenham garimpado no terreno do direito natural.[393] Um outro exemplo, que se revela especialmente útil para o presente estudo, é o "direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior", tal como previsto no art. 8°, item 1, letra *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, a respeito do qual já tivemos oportunidade de nos manifestar em outro estudo.[394] Também o direito do preso de ser apresentado sem demora à autoridade judicial (art. 7°, item 5, do Pacto de São José) merece destaque nesse contexto, inobstante se possa controverter a respeito de sua mais adequada exegese.

4.3.4.4. Algumas notas sobre o § 3° do art. 5° da Constituição e seus possíveis reflexos no que diz com a incorporação e valor jurídico dos direitos com sede em tratados internacionais

Dentre as alterações constitucionais relevantes para os direitos fundamentais, justamente no concernente ao regime dos tratados internacionais de direitos humanos, destaca-se a inserção, pela Emenda Constitucional n° 45, de dezembro de 2004 (doravante simplesmente EC n° 45), que cuidou da reforma do Poder Judiciário, de um § 3° ao artigo 5° da nossa Constituição. Segundo este dispositivo, "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Tal preceito acabou por inserir no texto constitucional uma norma procedimental dispondo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o artigo 5°, § 2°, pode ser compreendida como assegurando – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formal, e materialmente constitucionais (e fundamentais) aos direitos consagrados

[393] Pontes de Miranda, *Comentários IV*, p. 625.

[394] Cf. o nosso já referido estudo publicado na revista *AJURIS n° 66* (1996), especialmente p. 116 e ss.

no plano das convenções internacionais. A exegese referida, todavia, não é a única possível (do que dá conta a controvérsia que viceja na doutrina), além de não afastar uma série de outros aspectos controversos que têm sido discutidos a partir do novo dispositivo constitucional. Aqui empreenderemos uma tentativa de colacionar – renunciando a qualquer tentativa de esgotamento da matéria – os principais tópicos ventilados e discutidos pela doutrina, buscando apresentar pelo menos algumas alternativas hermenêuticas que permitam um enfrentamento constitucionalmente adequado da problemática, aqui inserida no contexto mais amplo da abertura material dos direitos fundamentais na nossa Constituição.

Em primeiro lugar, convém destacar que é pelo menos questionável o entendimento – por mais sedutor que seja – de que por força da EC 45/04 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, já que não há como aplicar nesse caso o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível transmutar um decreto legislativo aprovado pela maioria simples do Congresso Nacional em emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à Constituição. Em sentido diverso, contudo, há quem defenda, fundado em respeitável doutrina, a recepção dos tratados anteriores – naquilo que efetivamente versam sobre direitos humanos (no sentido bens jurídicos indispensáveis à natureza humana ou à convivência social) – como se tivessem sido incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas constitucionais, assegurando-lhes a respectiva supremacia normativa, no âmbito do que se costuma designar de recepção material.[395] Tal entendimento somente se revela como sustentável – considerando a incompatibilidade total de rito dos Decretos Legislativos e das Emendas Constitucionais – em sendo o caso de se aderir aos argumentos dos que, mesmo antes da EC 45/04, já vinham – consoante já referido no item precedente – defendendo a condição de direitos fundamentais em sentido material, dotados, portanto, de hierarquia constitucional, mas sem integrarem o direito constitucional em sentido formal, que é precisamente a posição também por nós sustentada.[396] Em caráter alternativo, há quem defenda a tese de que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais) também poderão ser formalmente constitucionais, caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5°, § 3°.[397]

Há que observar, nesse contexto, que a recepção – com qualidade de emenda constitucional – dos tratados anteriores acabaria sendo, em determinadas circunstâncias, até menos vantajosa do que a chancela de sua constitucionalidade e fundamentalidade em sentido apenas material, já que, como voltaremos a discutir mais adiante, poderiam ser objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, se

[395] Cf., em especial, A. R. Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48, bem como J. C. Francisco, "Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais", *in*: A.R.Tavares; P. Lenza; P. J. L. Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo: Editora Método, 2005, p. 103-105.

[396] V., justamente Nesse sentido, o recente e perspicaz pronunciamento de F. Piovesan, "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos", *in*: A.R. Tavares; P. Lenza; P. J. L. Alarcón (Coord), *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo: Editora Método, 2005, p. 72.

[397] Nesse sentido, precisamente a conclusão de V. O. Mazzuoli, "O novo § 3° do art. 5° da Constituição e sua eficácia", *in*: *Revista da AJURIS* n° p. 321.

este vislumbrasse uma ofensa aos limites materiais à reforma constitucional. Assim, como afirma Flávia Piovesan, quanto aos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas, em relação a estes se estaria apenas (?) a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do artigo 5°, § 2°, da CF.[398] Que, de fato, tal interpretação talvez não represente – se tomada isoladamente – um avanço significativo, além de – como bem adverte André Ramos Tavares – se revelar problemática, se com isso se estiver pretendendo fundamentar a hierarquia constitucional dos tratados no § 3° do art. 5° da CF, e não – como deveria ser –, no § 2° do mesmo dispositivo, introduzido pelo Constituinte de 1988,[399] deve evidentemente ser levado em conta.

O fato é que independentemente do problema da hierarquia dos tratados incorporados pelo sistema praticado até a EC 45/04 – do qual voltaremos a nos ocupar mais adiante – restam, notadamente em função da redação do novo § 3° do artigo 5° – uma série de questões a serem solvidas e que aqui serão apenas anunciadas e analisadas em caráter ilustrativo e essencialmente especulativo, visto que a doutrina e a jurisprudência apenas estão iniciando a discussão da temática. Acima de tudo, nos parece relevante registrar, desde logo, que é possível – a despeito de todas as dificuldades – outorgar ao novo instituto uma exegese que, no seu conjunto, não represente necessariamente um retrocesso[400] em relação ao entendimento hoje já majoritário no seio da doutrina, ao reconhecer a condição de direitos fundamentais em sentido material aos direitos humanos constitucionalizados.

Assim, apontando já um aspecto positivo, afirma-se que com a adoção do procedimento previsto no art. 5°, § 3°, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva do nosso Supremo Tribunal Federal na matéria, que, por exemplo, não outorga força normativa superior ao Preâmbulo da Constituição.[401] A despeito da correção do argumento, não se deve, contudo, perder de vista que independentemente de sua incorporação à Constituição formal, os direitos originários dos tratados internacionais, pelo menos para quem já vinha sustentando a sua condição de materialmente fundamentais (à luz do já analisado art. 5°, § 2°) já seriam parte integrante do nosso bloco de constitucionalidade, que não abrange necessariamente apenas normas constitucionais embasadas em disposições expressas de textos com hierarquia constitucional. Além disso, há quem questione seriamente até mesmo a constitucionalidade do próprio § 3° do artigo 5°, de modo que, a prevalecer este entendimento e a posição ainda adotada pelo Supremo Tribunal Federal – que até há pouco reconhecia a hierarquia apenas legal dos tratados – estes não integrariam o bloco de constitucionalidade. Da mesma forma, argumenta-se que a inovação trazida pela EC 45/04 é inconstitucional por violar os limites materiais à reforma constitucional, no sentido de que se acabou dificultando o processo de incorporação dos

[398] Cf. F. Piovesan, idem.

[399] Cf. A. R. Tavares, op. cit., p. 42.

[400] Cf., dentre tantos, a preocupação externada, por G. R. B. Galindo, "A reforma do Judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo § 3° do artigo 5° da Constituição Federal", *in*: *Cena Internacional*, Ano 7, n° 1, 2005, p. 1 a 22.

[401] Nesse sentido, novamente, J. C. Francisco, op. cit., p. 99-101.

tratados internacionais sobre direitos humanos e chancelando o entendimento de que os tratados não incorporados pelo rito das emendas constitucionais teriam hierarquia meramente legal.[402]

Outro aspecto digno de nota – e vinculado ao problema da possível inconstitucionalidade da inovação – diz respeito ao caráter compulsório ou facultativo da adoção do procedimento mais rigoroso das emendas constitucionais, especialmente em face da redação do dispositivo ("os tratados que forem incorporados..."), que, no mínimo, dá ensejo a tal dúvida e sustenta a adoção do entendimento que a incorporação mediante o procedimento das emendas poderia ser opcional. Tal argumento assume ainda maior relevo em se considerando que – sob o ponto de vista da forma – a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos – consoante já apontado – se tornou mais dificultada, o que, em princípio, poderia ser considerado como contraditório, considerando a abertura material consagrada no artigo 5°, § 2°, e o princípio (fundamental) da prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais do Brasil estabelecida no artigo 4° da nossa Lei Fundamental.

Com relação a este ponto, parece-nos que há sim pelo menos espaço para uma interpretação teleológica e sistemática em prol da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3° teve por objetivo (ao menos, cuida-se da interpretação mais afinada com a *ratio* e o *telos* do § 2°) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, antes incorporados por Decreto Legislativo de modo a assegurar aos direitos neles consagrados um *status* jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que a partir da promulgação da Emenda n° 45/2004 a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais. Quanto à objeção de que com isso se estaria a dificultar a internalização dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (lembre-se que há os que sustentam até mesmo a dispensa de qualquer ato formal de incorporação para além da ratificação) há como revidar com o argumento de que, além de assegurar aos direitos dos tratados pelo menos uma hierarquia constitucional equivalente às normas constitucionais do tipo derivado (para usar a terminologia mais habitual) resta enrobustecida a legitimação democrática desses direitos, o que, por sua vez, concorre para a sua maior força normativa – em suma, para uma pretensão de eficácia e efetividade reforçadas – indispensável também para reforçar a posição do nosso País em face da comunidade internacional.

A importância de uma reforçada legitimidade democrática assume ainda maior relevo em se considerando que, uma vez incorporados como emenda constitucional, os direitos (agora também formalmente) agregados ao catálogo constitucional não apenas reformam a própria Constituição, mas também assumem a condição – pelo menos é isso que se advoga – de limites materiais à própria reforma, sendo, após,

[402] Nesse sentido, mencionando a existência de um anacronismo e apontando para a "duvidosa constitucionalidade" da alteração efetuada pela EC 45/04, v.a opinião do advogado criminalista e professor da Universidade de Brasília, A. C. Costa, "Direitos Humanos", disponível em: <http://www. unb.br/fd/colunas_Prof/aldo_01.htm>. De forma mais enfática, v. A. H. Cordeiro Lopes, "A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n° 45/2004", disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>. No sentido da inconstitucionalidade, por violação da "cláusula de recepção automática" (na ótica do autor) consagrada no art. 5°, § 2°, CF, v., por último, L. F. Sgarbossa, *Direitos e Garantias Fundamentais Extravagantes*, op. cit., p. 25 e ss.

insuscetíveis de supressão e esvaziamento, ainda que por nova emenda constitucional. Com isso – é bom que se frise – não se está evidentemente a dizer que os direitos previstos nos tratados já incorporados antes da EC 45 não estejam jusfundamentalmente protegidos, visto que, embora não possam ser objeto de abolição direta por uma emenda (de vez que materialmente constitucionais) reclamam proteção contra limitações e retrocessos de toda ordem, por conta de seu núcleo essencial e da incidência dos demais limites às limitações de direitos fundamentais, no que couber, temática que aqui, todavia, não poderá ser mais desenvolvida.

Analisando a questão de modo crítico, Valério de Oliveira Mazzuoli observa, todavia, que por meio da incorporação por emenda constitucional, a reforma constitucional daí resultante poderia até mesmo piorar a proteção de direitos fundamentais, notadamente quando a nossa Constituição for mais benéfica, sendo preferível que se admitisse pura e simplesmente a condição de norma constitucional (sem previsão do rito) de modo a sufragar a posição de acordo com a qual deverá ser dada prevalência à norma mais favorável à pessoa humana.[403] Tal argumentação, conquanto bem articulada, há de ser tomada com certa reserva. Com efeito, se o tratado resultar necessariamente (portanto, não sendo viável uma interpretação conforme a Constituição) em uma situação pior para a pessoa humana do que a decorrente do nosso sistema constitucional positivo, não haverá de se incorporar o tratado nesse particular, já que violador de "cláusula pétrea" de nossa Constituição, não sendo – no nosso sentir – juridicamente relevante o argumento de que tal análise demandaria demasiado trabalho (resultante de uma investigação de todos os projetos tramitando no Congresso), notadamente pelo fato de que o juízo definitivo de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) sempre ocorrerá no âmbito do controle jurisdicional repressivo (ou, em caráter excepcional, preventivo), sempre á luz de um determinado instrumento legislativo e tendo por base a parametricidade da nossa Constituição. O que poderá – isto sim – resultar problemática – é a hipótese em que a proteção internacional é mais favorável à pessoa, podendo, em tese, os órgãos jurisdicionais nacionais privilegiar o ordenamento constitucional, louvando-se no argumento das "cláusulas pétreas", situação que, embora deva ser rara (atualmente segue assumindo relevo apenas a questão da prisão civil do depositário infiel) não é de se excluir. Aqui o problema, novamente, conecta-se com uma adequada exegese do sentido e alcance da inovação – sem dúvida problemática, como se percebe – trazida pela EC 45. Como se cuida de tópico relativo à hierarquia dos tratados, voltaremos a nos manifestar a respeito.

Uma possível vantagem da incorporação pelo rito das emendas constitucionais poderia residir no daí decorrente reforço do argumento – já sustentado com base no art. 5º, § 2º, da CF – de que impossível (mesmo por emenda constitucional, como leciona Valério de Oliveira Mazzuoli) a denúncia do tratado por parte do Brasil, enrobustecendo não apenas a posição dos direitos humanos e agora também fundamentais no âmbito interno (desde que, é claro, se adote uma exegese que privilegie a força normativa desses direitos), mas também avança no concernente ao plano externo, das relações internacionais, enfatizando as vinculações assumidas pelo Brasil nessa seara.[404]

[403] Cf. V.O. Mazzuoli, "O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia", *in*: *Revista da AJURIS* nº 99, junho de 2005, p. 323.

[404] Nesse sentido, dentre outros, a argumentação bem sustentada por V.O. Mazzuoli, "O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia", especialmente p. 325 e ss., destacando, com perspicácia, que, uma vez incorporado pelo

Outro problema – este mais de ordem técnico-legislativo – diz com a forma pelo qual o texto dos tratados, uma vez incorporado pelo rito das emendas, passaria a ser inserido no texto constitucional. Com efeito, considerando que em regra os tratados são ratificados e incorporados na íntegra, resta saber se o texto aprovado seria inserido nos locais próprios da Constituição, se apenas os dispositivos que enunciam determinado direito seriam acrescidos ao catálogo constitucional (consoante a natureza do direito), se o texto do tratado seria simplesmente acrescido ao final da Constituição, ou mesmo se o texto incorporado pelo procedimento das emendas simplesmente representaria um texto constitucional em separado. A indagação, que já seria no mínimo procedente em termos de técnica legislativa, também o é pelo fato de que a distinção entre constituição formal e instrumental viabiliza a existência de mais de um texto (instrumento) com *status* de direito constitucional em sentido formal, como poderá ocorrer, a depender da técnica adotada, na hipótese de aplicação do novo regime de incorporação dos tratados.

Ainda no concernente ao procedimento, consoante percebido por Valério de Oliveira Mazzuoli, existe questão relativa ao momento da incorporação pelo rito da emenda constitucional (se vier a ser o caso), já que o novo § 3º do art. 5º não suprimiu a fase prevista no art. 49, inc. I, da Constituição, de tal sorte que a aprovação da emenda de incorporação deverá sempre ser posterior à ratificação (portanto, pressuposta também a celebração pelo Presidente da República, a teor do art. 84, inc. VIII, da CF) do tratado regularmente vigente no âmbito internacional.[405] Como igualmente bem aponta o referido autor, compromete a segurança jurídica (nacional e internacional) e os princípios que regem as relações internacionais deixar ao alvedrio do legislador nacional a escolha de optar, ou não, pela outorga do *status* de emenda constitucional aos tratados,[406] o que justamente parece representar, no fundo (pelo menos legítimo o raciocínio), mais um argumento em prol da cogência do novo procedimento a partir da entrada em vigor da EC 45.

Além disso, agora no tocante ao problema da iniciativa legislativa e da participação do Presidente da República no procedimento, registra-se a ressalva – apontada por André Ramos Tavares[407] – de que – justamente em virtude da sistemática própria dos tratados (que reclamam regular e prévia ratificação, que implica automática submissão ao Congresso Nacional), a iniciativa do processo de emenda constitucional, haverá se ser, no caso dos tratados em matéria de direitos humanos, sempre do Presidente da República, que detém tanto a competência privativa para a celebração do tratado, quanto a prerrogativa (em regra não exclusiva, à exceção, agora, dos tratados de direitos humanos) da iniciativa das emendas constitucionais (art. 60, inc. II, da CF), dispensada, por óbvio, a ratificação presidencial, de vez que as emendas entram em vigor a partir de sua promulgação pelo Congresso Nacional (art. 60, § 3º, da CF). Cumpre notar, todavia, que a exegese sugerida também parece apontar para o caráter cogente da deliberação por meio do procedimento qualificado das emendas constitucionais.

rito introduzido pela EC 45, a denúncia passaria a acarretar (ao contrário do que poderia ocorrer no sistema do art. 5º, §º 2º) a responsabilização do denunciante. No mesmo sentido, já discorrendo sobre a EC 45, v. A.R. Tavares, op. cit., p. 44.

[405] Cf. V.O. Mazzuoli, "O novo § 3º do art. 5º da Constituição....", p. 316 e ss.

[406] Cf. novamente V.O. Mazzuoli, "O novo § 3º do art. 5º da Constituição...", p. 319.

[407] Cf. A. R. Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88*, p. 45.

À vista do exposto, percebe-se que a discussão em torno da obrigatoriedade ou facultatividade da adoção do rito qualificado das emendas constitucionais a partir da vigência da EC 45 segue merecendo um pouco mais de atenção. Com efeito, a prevalecer o entendimento de Valério Mazzuoli, no sentido de que – a despeito das críticas endereçadas contra essa sistemática pelo próprio autor – no concernente à incorporação dos tratados de direitos humanos, passou-se a ter um procedimento dúplice (prévia ratificação e, posteriormente, aprovação – ou não – por emenda constitucional) a tramitação de um projeto de emenda constitucional poderia até mesmo independer de uma iniciativa específica, pelo menos no sentido de um projeto formalmente e regularmente encaminhado nos termos do art. 60 da CF. Poderia, portanto, bastar que – uma vez aprovado o Decreto Legislativo nos termos do art. 49, inc. I, da CF – este fosse encaminhado (e, nesse sentido, transformado) em projeto de emenda constitucional, já no próprio Congresso, o que acaba por conflitar com a tese apresentada por André Tavares no sentido de que a iniciativa deveria sempre ser do Presidente da República. Isto, de fato, poderia ser o caso na hipótese de restar inalterada a atual posição do Supremo Tribunal Federal no que diz com a exigência de Decreto do Executivo para a incorporação definitiva dos tratados, inclusive no caso dos direitos humanos. Nesse caso, haveria que resolver o problema de eventual negativa por parte do Presidente da República em encaminhar o projeto de emenda constitucional (ou a comunicação formal impulsionando o procedimento) para viabilizar, nos termos do art. 5°, § 3°, da CF, a sua aprovação com *status* de emenda constitucional, de tal sorte que a posição em prol da iniciativa privativa do Presidente nestes casos se torna ainda mais questionável.

Agrega-se às ponderações até o momento tecidas, a circunstância de que, no caso de que a forma eleita para a aprovação do tratado de direitos humanos pelo Congresso Nacional seja efetivamente a da emenda constitucional, não há razão alguma para se restringir a iniciativa de tal projeto de emenda à pessoa do Presidente da República. Este, aliás, poderá simplesmente remeter o tratado ao Congresso e, no âmbito deste, preenchidos os pressupostos do art. 60, incisos I a III, da CF, ser apresentado projeto de emenda constitucional. O art. 5°, § 3°, da CF, ao prever a aprovação dos tratados pelo procedimento agravado das emendas constitucionais (ainda que não em toda a sua extensão), não poderá, salvo melhor juízo e com base nos argumentos já deduzidos, ser interpretado como restringindo o leque de legitimados ativos para o projeto de emenda constitucional. Tal linha de entendimento acaba sendo reforçada por outro argumento que não poderá ficar negligenciado. Com efeito, importa consignar que o art. 5°, § 3°, da CF, em momento algum exige que sejam observados – como já referido – todos os requisitos formais, circunstâncias e temporais (quando aos materiais, impõe-se maior cuidado no exame da questão) atinentes ao procedimento regular (ordinário) das emendas constitucionais. Aliás, é preciso enfatizar que a aprovação do tratado de direitos humanos, para os efeitos do disposto no art. 5°, § 3°, não necessita ser levada a efeito por meio de emenda constitucional (ou seja, de projeto de emenda que siga, desde o seu nascedouro, a integralidade do rito próprio estabelecido no art. 60, da CF), pois basta que a aprovação observe o disposto no art. 60, § 2°, da CF (votação em dois turnos, nas duas casas do Congresso, com maioria de 3/5 em cada casa e turno de votação) para que o tratado seja considerado equivalente a uma emenda constitucional. Ora, equivalente não é necessariamente igual, visto que os demais requisitos do processo de emenda constitucional não foram previstos

no art. 5°, § 3°. Assim sendo, nada obsta que seja eleita outra espécie legislativa para a aprovação dos tratados, hipótese na qual, desde que preenchidos os requisitos do art. 5°, § 3°, este, uma vez aprovado, gozará da mesma hierarquia das emendas constitucionais e agregar-se-á à Constituição formal.

Do exposto, como se poderá perceber sem muito esforço argumentativo, decorre (pelo menos em tese, já que não vislumbramos fundamento constitucional impeditivo) que os tratados de direitos humanos tanto poderão ser aprovados por meio de uma emenda constitucional convencional, isto é, que siga o rito do art. 60, da CF, em sua plenitude, quanto mediante outra figura legislativa, observado, nesse caso, o previsto no art. 5°, § 3°, da CF. Indicativo de que tal poderá ser, na prática político-legislativa, a orientação a ser seguida, é a circunstância de que o Congresso Nacional, valendo-se da figura do Decreto Legislativo, mas observando os requisitos do art. 5°, § 3°, aprovou o texto da Convenção sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiência (Decreto Legislativo n° 186/2008). De todo modo, resulta evidente que o Congresso Nacional (desde que tal orientação seja observada pelos legitimados para a propositura de projeto de emenda constitucional) poderá, a partir deste primeiro caso, seguir utilizando apenas a figura do Decreto Legislativo para a aprovação dos tratados internacionais, observando, no caso de tratados de direitos humanos, os parâmetros do art. 5°, § 3°, da CF, deixando de lado a possibilidade de aprovar os tratados pelo procedimento das emendas à Constituição. De qualquer modo, cuida-se de uma evolução que está apenas nos seus primórdios e que voltará a nos ocupar.

Em favor da obrigatoriedade do novo procedimento das emendas constitucionais, para além dos aspectos já ventilados, fala também uma (já referida) interpretação teleológico-sistemática a partir da combinação das diretrizes textuais e normativas do art. 5°, §§ 2°, e § 3°, da CF. Note-se, nessa perspectiva, que – adotadas as correções hermenêuticas possíveis, com a deliberação uniformizada pelo rito qualificado das emendas à Constituição, evita-se, em primeiro lugar, a possibilidade de existirem tratados em matéria de direitos humanos submetidos a um processo de legitimação mais reforçado e outros não, sem falar nas consequências jurídicas atreladas a uma aprovação por emendas. A não aprovação do tratado como emenda constitucional, por sua vez, em virtude do procedimento dúplice (ratificação, com aprovação por Decreto Legislativo), não inviabilizaria – a não ser por força de manutenção da jurisprudência equivocada do Supremo Tribunal Federal nessa seara – a possibilidade de se lhes outorgar, nos termos do art. 5°, § 2°, hierarquia de normas constitucionais (e fundamentais) em sentido material, posição essa que, ao contrário do que tem sustentado parte da doutrina, resulta reforçada e não diminuída para inserção do novo § 3°, já que este – em que pese a sua formulação altamente problemática – apenas veio para afastar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, pelo menos nos casos de vir a ser promulgada a emenda constitucional relativa a tratado internacional de direitos humanos, questionar a hierarquia constitucional dos mesmos, salvo a hipótese de conflito direto e insanável com as assim designadas *cláusulas pétreas* de nossa Constituição, que nos remete novamente ao problema da hierarquia normativa desses tratados na ordem interna.

Abordados os problemas selecionados e preponderantemente atinentes a questões formais (procedimentais) da incorporação, resta discorrer brevemente sobre a

questão da hierarquia dos direitos fundamentais (já incorporados ao texto constitucional) em relação ao direito interno, constitucional e infraconstitucional.

No tocante a essa problemática é possível afirmar que o novo § 3° representou – nesse sentido – um significativo avanço ao assegurar, desde que observado o procedimento nele estabelecido, uma hierarquia supralegal dos direitos consagrados nos tratados, impedindo, nestes casos a manutenção da tese da paridade entre lei ordinária e tratado, que foi recentemente revista pelo Supremo Tribunal Federal,[408] também é correto afirmar que com isso ainda não foi resolvida (pelo menos não como tem anunciado alguns entusiasmados defensores da reforma) a questão da hierarquia constitucional, em se considerando as relações entre o tratado incorporado (equivalente às emendas) e o texto constitucional originário. Convém relembrar, especialmente nessa quadra, que as emendas constitucionais podem sempre ser declaradas inconstitucionais em caso de conflito com as assim designadas *cláusulas pétreas* da nossa Constituição, que abrangem tanto os limites materiais explícitos (art. 60, § 4°), quanto os limites materiais implícitos, estes reconhecidos pela maioria da doutrina, ainda que não haja consenso quanto aos direitos que integram o rol dos limites materiais implícitos. Ainda que se parta do pressuposto de que uma eventual restrição ou ajuste do conteúdo dos limites materiais não necessariamente enseja uma inconstitucionalidade da emenda (aplicando-se a tese da imunidade apenas do núcleo essencial de cada princípio ou direito fundamental)[409] é certo que a possibilidade de conflito é real, já que inevitáveis inclusive as colisões entre os próprios direitos fundamentais originariamente assegurados pelo Constituinte, bastando relembrar aqui a tão discutida questão da prisão civil do depositário infiel e do duplo grau de jurisdição, entre outras possibilidades. No mínimo, não se pode deixar de admitir a possibilidade de uma interpretação que venha a reconhecer um conflito insanável por uma interpretação conforme e que, por via de consequência, possa resultar em uma declaração de inconstitucionalidade de um ou mais aspectos do tratado (emenda) por violação das *cláusulas pétreas*.

Seguindo essa linha de raciocínio e em se partindo da premissa de que não há necessariamente uma hierarquia abstrata entre normas formalmente (e, em regra, materialmente) constitucionais e normas apenas materialmente constitucionais, a própria incorporação mediante emenda poderia até mesmo, a depender da exegese do novo § 3°, ser desvantajosa em relação ao sistema anterior, a não ser que o Supremo Tribunal Federal passasse a assegurar – como de há muito deveria tê-lo feito – a hierarquia constitucional (em sentido material) dos tratados em matéria de direitos humanos, ainda que incorporados por Decreto Legislativo. Nesse caso, a solução de eventual conflito entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados deveria observar, consoante já sustentado no segmento anterior, os princípios hermenêuticos que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, portanto, que exigem uma exegese tópico-sistemática e direcionada por uma adequada ponderação dos interesses (valores) em pauta, sempre privilegiando, como destacado alhures, uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa.

[408] Com efeito, embora ainda não tenha ocorrido o julgamento definitivo, a tendência já revelada pelos votos já proferidos (v. RE n° 466.343/SP) indica a adoção da tese da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos, que, todavia, cedem em face da Constituição.

[409] Sobre o ponto, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, especialmente p. 406 e ss.

De qualquer modo, não nos parece correto argumentar – notadamente em favor da inconstitucionalidade substancial do § 3° do art. 5° – que o simples fato de os tratados posteriores à EC 45 poderem (ou deverem, a depender da posição adotada) ser aprovados por emenda constitucional, ou, pelo menos, com observância dos requisitos do artigo 5°, § 3°, conduziria inexoravelmente a uma decisão em prol da hierarquia meramente legal dos tratados anteriores. No tocante a este ponto, consideramos estar diante de um falso problema, visto que, como já demonstrado, a nova disposição introduzida pela EC 45 pode ser compreendida como reforçando o entendimento de que os tratados anteriores, já por força do art. 5°, § 2°, da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional, sem falar na interpretação – igualmente colacionada, mas aqui questionada – de acordo com a qual os tratados anteriores teriam sido recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais pelo novo § 3° do art. 5°.

Por outro lado, remanesce problemática a situação envolvendo eventual conflito entre os tratados incorporados por emenda e as cláusulas pétreas da Constituição, já que, nessa hipótese, poderia a nossa Corte Suprema declarar a inconstitucionalidade da emenda que incorporou o tratado. Embora correto o argumento, igualmente não nos parece que esta seja a única conclusão possível, ainda mais em se privilegiando uma exegese teleológico-sistemática, que parte do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4°, inc. II) e, de modo especial, de uma leitura conjugada do conteúdo normativo do art. 5°, §§ 2° e 3°, da CF. Nesse sentido, há que destacar a tese de que a inovação trazida pela Reforma do Judiciário pode ser interpretada simplesmente como assegurando hierarquia pelo menos materialmente constitucional a todos os direitos fundamentais (lembre-se que uma vez incorporados, os direitos humanos passam a ser também direitos fundamentais), mas também formalmente constitucional aos tratados incorporados pelo rito de emenda constitucional,[410] que, de resto, receberiam (de vez que alguma diferenciação nos parece inevitável) um tratamento distinto (no sentido de mais reforçado) quanto ao fato de se integrarem à Constituição textual e enrobustecerem a tese da impossibilidade de uma posterior denúncia do tratado e da responsabilização até mesmo interna se este vier a ocorrer. Com isso, mediante a chancela da tese de que sempre todos os direitos fundamentais (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem status materialmente constitucional – compreendido sempre no sentido de uma igual dignidade constitucional – eventual situação conflitiva (mesmo em se cuidando de contraste entre emenda e disposições fundamentais da Constituição originária) haveria de se resolver, até mesmo para impedir um tratamento incoerente e inconsistente de tais conflitos no âmbito do sistema constitucional, pelas mesmas diretrizes hermenêuticas, tendo como norte a solução mais afinada com a máxima salvaguarda da dignidade da pessoa humana, mais de uma vez – e, convém que assim o seja – colacionada nesse contexto.

Assim, se é certo que comungamos do entendimento de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3° no art. 5° ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) em entendo de modo diverso, tivesse se limitado a expressamente chancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de

[410] Nesse sentido, a posição sustentada, entre outros, especialmente por F. Piovesan, "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos", p. 72-73.

direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (tal como entre nós e entre outros sugere Valério Mazzuoli), também é correto que vislumbramos no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós.

Em caráter de síntese, é possível afirmar que a prevalecer a atual orientação do STF na matéria, todos os tratados de direitos humanos aprovados (incorporados ao direito interno) antes da inserção do § 3° no artigo 5°, da CF, possuem hierarquia supralegal, de modo a prevalecer sobre toda e qualquer norma infraconstitucional interna, cedendo, todavia, em face da normativa constitucional, ao passo que apenas os tratados de direitos humanos aprovados mediante o rito especial previsto no dispositivo citado terão hierarquia constitucional (força equivalente às emendas constitucionais). Os demais tratados, salvo exceções expressas, seguem tendo hierarquia equivalente à das leis ordinárias.

Tal entendimento, contudo, não corresponde (e já se citaram alguns autores) ao que segue, pelo menos desde o advento da CF de 1988, sendo sustentado no seio da doutrina especializada majoritária (no próprio STF já havia e segue havendo, com destaque para a posição advogada pelo Ministro Celso de Mello, quem defenda a hierarquia constitucional), que se filia à tese da hierarquia constitucional, pelo menos na condição de normas constitucionais em sentido material, de todos os tratados de direitos humanos devidamente ratificados. Tal hierarquia equivalente ao da constituição originária decorre, como igualmente subscrevemos, do próprio disposto no artigo 5°, § 2°, da CF, bem como do fato de que uma hierarquia infraconstitucional subverte a própria condição dos direitos fundamentais, para os quais a hierarquia constitucional por si só representa apenas um dos esteios do seu regime jurídico-qualificado. Além disso, tal distinção (decorrente da orientação atualmente predominante no STF) entre os tratados de direitos humanos gera um regime injustificadamente diferenciado entre tais tratados, sem prejuízo de gerar alguns problemas relevantes para o assim denominado controle de convencionalidade das leis, que será objeto de breve análise logo a seguir.

4.3.4.5. Notas sobre o assim chamado de convencionalidade e sua aplicação no Brasil

Considerando a orientação em prol da superior hierarquia (seja em caráter supralegal, seja pela atribuição de hierarquia equivalente a das emendas constitucionais) dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna, passou a ocupar um lugar de cada vez maior destaque (embora por ora ainda mais teórica do que prática, considerando a ainda tímida aplicação) a noção do que se costuma designar – a partir da proposta feita no Brasil por Valério Mazzuoli,[411] de um controle de convencionalidade dos atos normativos internos.

Com efeito, independentemente da posição adotada em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no § 3° do art. 5° da CF, quanto os demais tratados ratificados por maioria simples e

[411] Cf. V. O. Mazzuoli, *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*, São Paulo: RT, 2009;

aprovados até o advento da Emenda Constitucional n° 45/2004, os quais, de acordo com a atual orientação adotada pelo STF, possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, notadamente todo e qualquer ato normativo de matriz legal ou infralegal, a possibilidade de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são agora superiores. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão do STF sobre a proscrição – mediante um efeito "paralisante" – da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente.[412] Assim, sem que se vá aqui adentrar o tema específico da prisão civil e do acerto da decisão do STF no concernente ao tema, o que importa nessa quadra é a constatação de que se cuidou da primeira vez em que a mais alta Corte brasileira efetuou o que passou, também no Brasil, a ser chamado de um controle de convencionalidade.

A terminologia adotada e difundida no Brasil por Valério Mazzuoli (em adesão à tradição francesa), busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são hierarquicamente inferiores.

A partir do que até agora foi sumariamente exposto, já é possível avançar com o tema e esboçar algumas considerações preliminares, todas, contudo, sujeitas ao crivo do contraditório e aguardando a evolução da prática política e jurisdicional brasileira. Assim, importa sublinhar, não faremos referência a experiência de outros países na matéria e nem ao que se processa na esfera da jurisdição supranacional, para o que, desde logo, remetemos à literatura especializada.[413]

Uma primeira observação diz respeito a quais os tratados internacionais que podem servir de parâmetro para um controle de convencionalidade no plano interno. Aqui a posição adotada é no sentido de que todo e qualquer tratado de direitos humanos, pelo simples fato de prevalecer sempre, por força da sua primazia (e superior hierarquia), sobre a normativa legal e infralegal interna, servirá de parâmetro para tal controle, e não apenas os tratados aprovados na forma prevista pelo artigo 5°, § 3°, da CF. O fato de que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Brasil não são iguais no tocante à sua hierarquia (dada a diferença estabelecida pelo STF, já apontada) não afasta a sua condição de parâmetro para o controle de convencionalidade. Tal controle, reitere-se, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá em virtude da hierarquia das normas. Da mesma forma não parece correto, s.m.j., distinguir, para efeitos do controle de convencionalidade, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos, buscando definir convenções (ainda mais para o efeito ora discutido) como sendo uma espécie do gênero tratados, que, em virtude de determinadas peculiaridades, deveriam então ser incorporados pelo rito do

[412] Cf. especialmente o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343, Rel. Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 05.06.2009.

[413] V. especialmente V. O. Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 391 e ss., priorizando aqui a experiência da Corte Interamericana. No mesmo sentido, v. também L. G. Marinoni, in: I.W. Sarlet; L.G. Marinoni; D. Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: RT, 2012, p. 1180 e ss. Por último, v. L.G. Marinoni e V.O. Mazzuoli (Coord.), Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano. Brasil-Argentina-Chile-México-Peru-Uruguai, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

artigo 5º, § 3º, da CF, ao passo que os demais tratados de direitos humanos poderiam então ser aprovados por maioria simples no Congresso Nacional.

O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal, nos termos da orientação atual imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade e, portanto, operam como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade como de um controle de convencionalidade, ao passo que os demais tratados de direitos humanos, aprovados mediante Decreto Legislativo e sem observar o rito do artigo 5º, § 3º, CF, não possuem estatuto constitucional. A dificuldade maior, no primeiro caso (é o que ocorre, por ora, apenas o da Convenção das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo), será a de verificar, dadas as circunstâncias, a existência de eventual conflito entre o tratado aprovado e as cláusulas pétreas da constituição na sua versão originária, situação na qual, a prevalecer a posição do STF no sentido de que o embate entre tratado e constituição se resolve, em princípio, em favor da segunda, poderá resultar na declaração de inconstitucionalidade do tratado internacional (em verdade, do texto aprovado pelo Congresso Nacional). Tal hipótese, contudo, ainda não foi objeto de apreciação pelo STF e, de resto, caso venha a ocorrer o será em caráter isolado, especialmente pelo fato de que a CF é pródiga em direitos fundamentais e consagrou – expressa e/ou implicitamente – praticamente todos os direitos consagrados nos principais documentos internacionais, mas também pelo fato de que se haverá de recorrer à técnica da interpretação conforme a constituição, que, s.m.j., limitará ainda mais tal possibilidade, ainda que esta não pode ser afastada de plano.

Quanto aos tratados que, de acordo com o STF (visto que a nossa posição pessoal sempre foi favorável à simetria entre tratados e CF e, portanto, ensejaria quadro distinto), possuem hierarquia supralegal, podem ser vislumbradas já algumas alternativas: a) incompatibilidade entre a normativa interna (legal e infralegal) e o tratado aprovado pelo Congresso Nacional e, portanto, devidamente ratificado, mas compatibilidade com a CF; b) incompatibilidade com o tratado e com a CF; sinergia com a CF; c) compatibilidade com o tratado e com a CF; compatibilidade com o tratado, mas desconformidade com a CF; O quadro sumariamente apresentado, desde logo revela que a duplicidade de regime criada pelo STF para os tratados de direitos humanos, mas especialmente pelo fato de o STF afirmar a sua competência para realizar o controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade do tratado, tornam a questão ainda mais complexa, além de colocar o controle de convencionalidade em uma condição subalterna ao próprio controle de constitucionalidade. De todo modo, isso não deveria servir de escusa para que os Juízes e Tribunais ordinários renunciem ao controle de convencionalidade, já que a hierarquia supralegal já se revela suficiente, como já se viu quando do julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, para superar toda e qualquer lei ou ato normativo interno naquilo que contraria tratado internacional de direitos humanos. Cuida-se, outrossim, de autêntico poder-dever cometido ao Poder Judiciário, seja no âmbito de um controle difuso, seja pela via de um controle abstrato e concentrado, tal como propõem Valério Mazzuoli[414] e Luiz Guilherme Marinoni,[415] aspecto que aqui não temos a intenção de desenvolver.

[414] Cf. V. O. Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 394 e ss.

[415] Cf. L. G. Marinoni, op. cit. p. 1187 e ss.

Que o controle de convencionalidade não é, por outro lado, um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. Não se pode olvidar que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado – mesmo de acordo com o entendimento do STF – integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro. De qualquer sorte, cuida-se de tópico a merecer desenvolvimento pela doutrina especializada e que poderá lançar maior luz sobre o tema do que aqui fomos capazes de fazer.

Outro tópico de relevo e que aqui se refere em caráter ilustrativo, diz com os efeitos do controle de convencionalidade sobre a normativa legal e infralegal interna. Nesse contexto, o STF já se pronunciou pelo reconhecimento do que designou (especialmente por ocasião do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, já referido) de um efeito paralisante, que impede edição de legislação superveniente em sentido contrário e afasta a aplicação de lei anterior incompatível com o tratado. Se a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade se poderá declarar a nulidade da lei com base em tratado internacional (hipótese mais plausível em se tratando de tratado com *status* equivalente a emenda constitucional), portanto, se é o caso de afetação da esfera da validade ou apenas da eficácia dos atos normativos aferidos com base nos tratados internacionais, constitui igualmente tópico a ser explorado pela literatura e submetido ao crivo da prática decisória dos Tribunais. Por ora, contudo, à míngua de mais exemplos disponíveis - ressalvada a decisão do STF sobre a prisão civil do depositário infiel – é de se apostar que a doutrina, atenta ao problema, possa construir alternativas adequadas, o que, de resto, não escapou ao olhar cuidadoso de Valério Mazzuoli,[416] muito embora não se vá aqui enfrentar o mérito das posições esgrimidas pelo autor.

As considerações tecidas, aqui de modo ainda exploratório, visto que a experiência brasileira em matéria de controle de convencionalidade é recente e isolada, em linhas gerais são aplicáveis também aos tratados em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais, pelo menos no que diz com as diversas constelações que se podem oferecer no âmbito das relações entre tratados e ordem jurídica interna, mas também no que concerne aos pressupostos e conseqüências do controle de convencionalidade. Todavia, assim como se dá no caso dos direitos fundamentais previstos na CF, onde também se verificam situações de conflito e se colocam desafios parti-

[416] V. por todos, sobre os efeitos da decisão no controle de convencionalidade, especialmente V. O. Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 387 e ss.

cularmente agudos em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais, o mesmo deve ser levado em conta na esfera do controle de convencionalidade.

Com efeito, nada obstante a circunstância de que não se há de falar em diferenças qualitativamente relevantes entre os tratados em matéria de direitos civis e políticos e os que dispõem sobre direitos sociais, em homenagem aos postulados da indivisibilidade, interdependência e complementariedade, o próprio pacto internacional de direitos sociais, econômicos e culturais prevê a obrigação de realização progressiva de tais direitos por parte dos Estados signatários (o que se verifica também no caso do Sistema Interamericano), sem prejuízo de obrigações de caráter imediato, especialmente no âmbito das assim chamadas "core obligations", mas que não constituem a regra no caso da assim chamada dimensão positiva (ou prestacional) dos tratados de direitos sociais e em geral guardam relação com conteúdos e obrigações vinculadas a direitos civis e políticos, como a garantia de um mínimo existencial (vida com dignidade) ou a proibição de discriminação na garantia de igual acesso aos bens sociais. Convém lembrar, nesse contexto, que também em relação aos direitos sociais constitucionalmente consagrados nem todos aceitam a noção de uma plena exigibilidade, na condição de direitos subjetivos, dos direitos sociais, tema que aqui não poderá ser desenvolvido.

No caso do Brasil, cuja CF consagrou um elenco generoso de direitos sociais, incluindo um extenso rol de direitos dos trabalhadores, o problema que se poderá colocar não é de natureza quantitativa, pois todos os direitos sociais, econômicos e culturais previstos na ordem internacional e em tratados ratificados pelo Brasil foram objeto de previsão constitucional. Da mesma forma, como os direitos sociais consagrados pela CF compartilham da condição plena de direitos fundamentais, também não é aqui que se poderão verificar maiores problemas na relação entre tratados e ordem interna, mas sim, no campo dos níveis de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que concerne ao não atendimento, pelos atores estatais nacionais, dos parâmetros mínimos em matéria de direitos sociais estabelecidos pelos organismos internacionais que interpretam e zelam pela devida observância dos tratados internacionais. O quanto, contudo, não apenas o tratado como tal, mas também o conjunto de diretrizes emanadas pelos órgãos internacionais (especialmente Comitê da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) ou regionais, (como a CIDH, por exemplo) também servem de parâmetro para o controle de convencionalidade em nível interno – realizado pelos órgãos jurisdicionais nacionais – é algo que ainda carece, especialmente no Brasil, de maior reflexão e aplicação prática, mas poderá ser muito produtivo no sentido de reforçar a eficácia e efetividade dos direitos sociais. Especialmente útil se revela a consideração dos parâmetros do sistema internacional (designadamente quanto aos parâmetros sociais mínimos) quando inexistente legislação específica em nível interno ou para a concretização de cláusulas gerais.

Ainda no campo do assim chamado controle de convencionalidade, é preciso enfatizar a importância de se adotar o modelo do "duplo controle", que, ademais, não se aplica apenas aos direitos sociais, mas a todos os direitos humanos. De acordo com tal modelo, como bem leciona André de Carvalho Ramos, os atos internos devem guardar sintonia com as decisões do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tudo no âmbito daquilo que se convencionou designar de um diálogo entre Juízes e/ou Tribunais.[417]

[417] Cf. A.C. Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 404 e ss.

De qualquer sorte, inviável o esgotamento do tema, enfatizamos que a problemática do controle de convencionalidade diz respeito ao permanente desafio de assegurar simultaneamente e de modo produtivo e harmônico, a primazia dos direitos humanos e fundamentais, de tal sorte a promover de modo integral e isento de lacunas de proteção a dignidade da pessoa humana. Para que isso se realize, é preciso que Juízes e Tribunais brasileiros, com destaque para os Tribunais Superiores, incluam o direito internacional dos direitos humanos na sua pauta de prioridades, inclusive no que concerne ao processo de formação dos Magistrados.

4.3.4.6. Direitos apenas formalmente fundamentais?

Tendo em vista que a CF de 1988 aderiu a um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, há que se cogitar, ao menos em tese, da existência de dispositivos que, apesar de contidos no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição, não são (por sua importância, natureza e substância) direitos fundamentais no sentido material, ressalvando-se a existência (já referida) de acirrada controvérsia a este respeito. Muito embora compartilhemos a opinião de que todos os direitos do catálogo constitucional são ao mesmo tempo formal e materialmente fundamentais, é preciso reconhecer que os adeptos da posição divergente, como é o caso de Vieira de Andrade e, entre nós, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, encontrariam em nossa Constituição um terreno fértil para a identificação de preceitos em condições de serem enquadrados na categoria dos direitos apenas formalmente fundamentais, visto que, na verdade, poderiam constituir normas de cunho organizatório, ou mesmo regras que poderiam simplesmente constar da legislação infraconstitucional. Não se pode, outrossim, desconsiderar o fato de que há direitos fundamentais que, em virtude de sua forma de positivação, assumem a aparência de normas organizacionais.

Como exemplos, poderíamos citar, cientes do empirismo da opção, o art. 14, §§ 1º a 11 (que dispõe sobre o alistamento eleitoral, inelegibilidades etc.) e os diversos incisos e parágrafos que integram o art. 17, com exceção, talvez, do § 1º, que garante a autonomia aos partidos políticos. Também no elenco dos direitos individuais e coletivos do art. 5º, bem como no rol dos direitos sociais (arts. 6º a 11), se detectam dispositivos de fundamentalidade material no mínimo controversa, tais como o art. 5º, incs. XXVIII e XXIX, bem como o art. 7º, incs. XI e XXIX, além de alguns dos incisos do art. 8º, que versa sobre a liberdade de associação sindical. São dispositivos que, sem dúvida, não guardam relação direta com a proteção da dignidade humana ou que decorram de forma inequívoca dos princípios e do regime da nossa Constituição como posições essenciais do indivíduo na sua dimensão individual e social. Em suma, cuida-se de normas que não se enquadram nos parâmetros (reconhecidamente empíricos e elásticos) traçados para a identificação dos direitos materialmente fundamentais, muito embora não estejam em discussão a importância da matéria (ao menos no que diz com alguns dos dispositivos) e a pertinência de sua previsão na Constituição formal com o objetivo de evitar sua disponibilidade ampla por parte do legislador ordinário. Não se poderá deixar de considerar que incumbe ao Constituinte a opção de guindar à condição de direitos fundamentais certas situações (ou posições) que, na sua opinião, devem ser objeto de especial proteção, compartilhando o regime da fundamentalidade formal e material peculiar dos direitos fundamentais.

4.3.5. Possibilidades e limitações do conceito material de direitos fundamentais

Quanto mais se avança na análise do tema, mais nos deparamos com uma variada gama de indagações e um não menos diversificado espectro de problemas. Um aspecto que merece, ao menos, menção tangencial é o que diz respeito aos limites do conceito material de direitos fundamentais. A pergunta que se coloca, nesse contexto, é até onde vai a competência criativa do intérprete no que tange à identificação de posições jurídicas expressamente positivadas ou não escritas, constem, ou não, da Constituição formal.

No que concerne à possibilidade de o poder constituinte derivado elevar determinadas posições jurídicas à categoria de direitos fundamentais, em princípio não parece que possa haver maiores problemas, a não ser no caso de eventual ofensa às "cláusulas pétreas", o que, em termos gerais, não ocorre com o acréscimo de outros direitos aos enunciados no catálogo positivado pelo constituinte originário. Todavia, já no que se refere à atividade judiciária, que assume especial relevância no tocante à problemática apresentada neste estudo, a situação assume contornos nitidamente distintos. Sob um primeiro ângulo, podemos encontrar um evidente limite em considerando que a distribuição de competências inerente ao Estado democrático de Direito, de modo especial na formulação do princípio da divisão de tarefas entre os diversos órgãos do poder estatal, não permite que o Judiciário substitua o legislador na sua tarefa precípua de criação do direito, quanto mais em se tratando de direito constitucional. É evidente que a linha divisória entre a atividade judicante e legislativa não é muito precisa, o que se evidencia ainda com maior intensidade na seara constitucional, onde se multiplicam os exemplos de conceitos abertos e fluidos, carecendo de concretização pela via interpretativa. Por mais que se possa (e deva) colocar em discussão essa problemática, devemos ter em mente que a tarefa do Judiciário, no campo da identificação e localização dos direitos fundamentais situados fora do catálogo da Constituição, é, acima de tudo, a de identificar e revelar o que já existe, ainda que de forma implícita, sem prejuízo de uma atividade criadora de cunho suplementar e ampliativo. Assim, em princípio, acreditamos que a busca de direitos fundamentais situados fora do catálogo deve ater-se preferencialmente à Constituição, iniciando pelos expressamente positivados (ainda que fora do catálogo), deixando os implícitos e decorrentes para um segundo momento, voltando-se, após, para as regras de direito internacional (especialmente tratados). Esta ordem de preferência revela sua vantagem quando se cuida de aquilatar o regime jurídico que compartilham os direitos fundamentais fora do catálogo, de modo especial, os direitos com sede em tratados internacionais que, em regra, são tidos como apenas materialmente fundamentais.

Outro aspecto a ser considerado, de modo especial no caso brasileiro, é a extensão do catálogo dos direitos fundamentais (individuais e sociais), que recomenda – para além dos motivos já ventilados – extrema cautela na busca de outros direitos substancialmente equivalentes, inclusive para evitar uma vulgarização da categoria dos direitos fundamentais, que devem integrar o núcleo material da Constituição. Aqui assume particular relevo o critério já referido da equivalência, seja no que diz com o conteúdo, seja no que tange à importância de determinada matéria para o sentimento jurídico dominante em dado momento histórico.

Ainda no que concerne aos limites da concepção materialmente aberta de direitos fundamentais consagrados pelo direito constitucional pátrio, importa frisar a distinção entre as diversas opções que nos oferece o art. 5º, § 2º, da nossa Lei Fundamental. Nesse sentido, não devemos negligenciar a evidente diferença entre a operação realizada pelo intérprete quando, com base em norma expressamente positivada na Constituição, mas fora do catálogo, examina se esta contém, à luz do princípio da equivalência em conteúdo e importância, autêntico direito fundamental (em sentido material e formal), ou quando é instado a reconhecer como direito fundamental alguma posição jurídica previamente qualificada como direito humano em tratado internacional devidamente ratificado pelo Brasil. Aliás, nessa última hipótese, é mesmo de questionar-se a necessidade de se proceder a uma avaliação da equiparação ou se, do contrário, bastaria apenas uma análise a respeito da ausência de um conflito direto com os direitos fundamentais do catálogo. De qualquer modo, vislumbra-se, desde já, tratar-se de situações que não podem ser tidas como totalmente equivalentes. Tratando-se de direitos escritos, ou não, a decisão que erige determinada posição jurídica à condição de direito fundamental deve ser devidamente fundamentada, justificando a opção tomada e os critérios utilizados.

Diversa também é a atuação do intérprete quando se trata da identificação de direitos fundamentais não escritos, mais especificamente, dos assim denominados direitos implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios. Na primeira hipótese, cuida-se de analisar se determinada posição jurídica, por subentendida em alguma norma expressa do catálogo constitucional, pode ser tida como abrangidas pelo seu âmbito de proteção, considerando-se assim implicitamente nele contida. Neste caso, conforme frisado alhures, há que ter em mente que a hipótese de se incluir certa posição no campo de abrangência de determinada norma de direito fundamental não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas, sim, à definição (ou redefinição) do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição, ampliando o seu âmbito de proteção. Esta solução, salvo melhor juízo, se harmoniza com a sistemática adotada pela nossa Carta, além de não conflitar necessariamente com as limitações traçadas pelos princípios da separação de poderes e do Estado de Direito.

Todavia, não há como deixar de considerar que a noção de direitos implícitos, tomada em sentido amplo e não restrita aos direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias, inclui os direitos decorrentes do "regime" e dos "princípios" consagrados pela nossa Constituição. Aqui, conforme demonstrado alhures, exercendo plenamente sua competência criativa, o intérprete atua na "construção jurisprudencial do direito", revelando os direitos fundamentais que se encontram em estado latente em nossa Carta e que podem ser deduzidos diretamente do regime (democracia social) nela consagrado e dos princípios fundamentais que informam a ordem constitucional (arts. 1º a 4º). Aliás, na esfera dos direitos fundamentais não escritos, é de se indagar a respeito da própria necessidade da existência da norma contida no art. 5º, § 2º, da CF, já que a dedução de direitos implícitos (subentendidos) e o desenvolvimento de direitos não escritos com base nos princípios fundamentais da Constituição, em decorrência da força expansiva destes, podem ser considerados algo inerente ao sistema. Neste sentido, o art. 5º, § 2º, passaria a exercer função preponderantemente didática nessa seara, chamando a atenção do intérprete para esta

possibilidade de identificação de direitos implícitos e construção jurisprudencial de novos direitos não escritos, além de autorizá-lo expressamente a tanto.

Outra limitação importante para uma compreensão e aplicação constitucionalmente adequada do conceito material dos direitos fundamentais diz respeito à necessária harmonização entre os direitos "revelados" pelo intérprete e a sistemática da Constituição. Assim, deve-se atentar para a problemática que diz com a forma de incorporação ao direito interno e a posição hierárquica dos direitos fundamentais de origem internacional (e até mesmo legal, para aqueles que os admitem), uma vez que os rumos a serem tomados dependem, em última análise, do posicionamento a este respeito. Mesmo que se outorgue aos direitos sediados em tratados internacionais posição equivalente aos direitos fundamentais constitucionais, a solução jamais poderá ser a de sacrificar um dos direitos em rota de colisão, aplicando-se, nesse particular, as regras de praxe, procedendo-se à ponderação dos valores em pauta, à luz do princípio da concordância prática e da proporcionalidade.[418] O problema crucial reside, portanto e acima de tudo, em como conciliar os direitos humanos (consagrados em normas internacionais) com os direitos fundamentais constitucionais.

Todavia, em se tratando da extensão do âmbito de proteção (ou dos direitos "implícitos", se preferirmos fazer uso desta terminologia) e dos direitos decorrentes do regime e dos princípios fundamentais de nossa Carta Magna, parece inequívoco que as posições enquadradas nessa categoria se revestem da mesma força jurídica dos direitos fundamentais do catálogo da Constituição, constituindo direito imediatamente aplicável (art. 5°, § 1°, da CF) e passando a integrar o rol das "cláusulas pétreas" (art. 60, § 4°, inc. IV, da CF), o que se aplica igualmente aos direitos expressamente positivados na Constituição, mas fora do catálogo, consoante, aliás, já decidiu o nosso Supremo Tribunal Federal no já referido aresto envolvendo a constitucionalidade do IPMF. Também as hipóteses de colisões entre direitos fundamentais (de origem internacional, ou não), como já frisado, podem suscitar diversos problemas, campo onde assumem relevância princípios hermenêuticos como os da proporcionalidade, concordância prática, otimização dos valores constitucionais em jogo, entre outros que não cabe aqui aprofundar, mas que se impõe sejam mais explorados. O que devemos ter em mente é a existência de restrições impostas pela ordem constitucional ao conceito material de direitos fundamentais e à concepção respectiva da abertura do catálogo constitucional.

[418] A respeito do princípio da proporcionalidade, *v.* entre outros, a recente e expressiva contribuição crítica de H. B. Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *in: RDA* n° 215 (1999), p. 152 e ss., sustentando que a proporcionalidade atua mais precisamente como postulado normativo-aplicativo e não propriamente como princípio, seguindo-se a concepção principiológica de Alexy sobre o princípio da proporcionalidade, por um caráter didático, vale ainda lembrar o ensaio de H. Scholler, "o princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha", *in: Revista Interesse Público* n° 2 (1999).

5. A perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, sua multifuncionalidade e classificação na Constituição de 1988

5.1. Significado e alcance das perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

5.1.1. Considerações preliminares

A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade,[419] constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais.[420] Nesse contexto, cumpre referir a lição de Böckenförde, que, em clássico ensaio sobre a teoria dos direitos fundamentais, já havia alertado para a circunstância de que o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais encontrou eco em todas as modernas teorizações sobre este tema.[421] No que concerne ao direito pátrio – ao contrário das doutrinas espanhola e lusitana, onde o tema já encontrou maior receptividade –, impende reconhecer, no entanto, que a referida perspectiva objetiva dos direitos fundamentais ainda não foi objeto de estudos mais aprofundados, encontrando, por isso, tímida mas crescente (em termos quantitativos e qualitativos) aplicação.[422]

[419] Esta, por exemplo, a formulação de K. Hesse, *Grundzüge*, p. 127.

[420] Nesse sentido, D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 221.

[421] Cf. E.-W. Böckenförde, *in*: *NJW* 1974, p. 1529 e ss.

[422] A problemática foi objeto de oportuna referência na relativamente recente obra de R. D. Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 124 e ss., embora não tenha sido analisada com maior profundidade e sob todos os seus ângulos, em virtude do tema específico da investigação da autora. Também S. de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 128 e ss., faz alusão à dupla perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Há que consignar ter sido P. Bonavides, um dos expoentes do constitucionalismo pátrio, quem, com o pioneirismo e profundidade que lhe são peculiares, mais detidamente enfrentou o tema entre nós, centrando sua análise na dimensão institucional dos direitos fundamentais e, num segundo momento de sua obra, no problema de sua interpretação (v. *Curso de Direito Constitucional*, p. 481 e ss. e p. 532 e ss.). Mais recentemente, *v.* as contribuições

Também por este motivo, mas principalmente pela relevância da matéria para a compreensão da importância e das funções exercidas pelos direitos fundamentais, impõe-se ao menos uma breve incursão nessa seara. Além de nos posicionarmos quanto ao sentido que outorgamos à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, é nossa intenção tecer algumas considerações em torno do significado e do alcance da faceta objetiva que lhes é inerente, bem como de seus possíveis desdobramentos, inclusive no que diz com sua compatibilidade com o sistema dos direitos fundamentais em nossa Constituição. Também no tocante a este aspecto tentaremos não nos afastar da proposta inicial de priorizar sempre um enfoque constitucionalmente adequado, ainda que por vezes forjado com material predominantemente garimpado no direito comparado.

5.1.2. A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e seus diversos desdobramentos

Nada obstante o já referido consenso a respeito da existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais,[423] importa consignar, desde já que no concernente ao seu conteúdo, significado e suas diversas implicações, ainda permanecem sérias controvérsias na doutrina e na jurisprudência, dissídio este que se manifesta até mesmo na seara terminológica, em face das diversas denominações atribuídas à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.[424] Sem incorrermos na tentativa improdutiva e, além do mais, fatalmente destinada à incompletude de nos posicionarmos a respeito da terminologia mais adequada, limitar-nos-emos, até mesmo em face das limitações deste estudo, a traçar, em linhas gerais, as características básicas e as diferentes facetas inerentes à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, que, aliás, poderia, por si só, ser objeto de uma obra de fôlego.

sobre o tema de P. G. Gonet Branco, *in*: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 152 e ss., D. Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 188 e ss., assim como D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: RT, 2007, p. 116., F. R. Gomes. *O Direito Fundamental ao Trabalho*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 97 e ss., G. Marmelstein, *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 281 e ss., bem como, mais recentemente e entre outros, L. Martinez, *Condutas Antissindicais*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109 e ss.

[423] Convém anotar, quanto a este ponto, que o referido consenso é, em termos gerais, observado no âmbito da doutrina e da jurisprudência constitucional europeia. Com efeito, ainda que aqui não se vá desenvolver este aspecto, há que destacar a ausência de um desenvolvimento dogmático similar no direito constitucional norte-americano, o que não significa que não exista uma profícua e influente produção versando sobre os valores constitucionais no âmbito das discussões travadas em torno dos limites e da legitimação da interpretação constitucional. Nesse sentido, a lembrança, entre nós, de D. Sarmento, "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria". *in*: R. L. Torres e C. A. Mello (orgs.), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, p. 73 e ss., o qual bem aponta que a objeção de um ilegítimo, ou pelo menos exagerado ativismo judicial, assim como a alegação de uma espécie de hipertrofia dos direitos fundamentais, notadamente em função dos desdobramentos de sua dimensão objetiva, também tem sido constantemente suscitada na Alemanha (basta aqui referir autores do porte de Habermas e Böckenforde), de tal sorte que também quanto a este ponto existem importantes convergências com o direito norte-americano (Op. cit., p. 75 e ss.). Adotando também uma postura crítica, embora, ao final, favorável à consideração dos valores na esfera do Direito, v. U. Di Fabio, "Grundrechte als Werteordnung", *in*: JZ 2004, p. 01 e ss.

[424] Esta a advertência de R. Alexy, *in*: *Der Staat* 29 (1990), p. 51, que, em caráter meramente exemplificativo, refere as seguintes expressões ligadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e que foram extraídas da doutrina e da jurisprudência: ordem objetiva de valores, sistema de valores, decisões constitucionais fundamentais, direitos fundamentais como normas objetivas, diretrizes e impulsos etc. Em que pese a o uso habitual da terminologia "dimensão objetiva e subjetiva", convém ressaltar que, com o objetivo de evitar eventuais equívocos relacionados ao problema das diversas dimensões (como sucedâneo do termo "gerações") dos direitos fundamentais, preferimos utilizar a expressão "perspectiva objetiva e subjetiva".

Apesar de encontrarmos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais,[425] é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo neste sentido. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha no caso *Lüth*, na qual, além de outros aspectos relevantes, foi dado continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores,[426] ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.[427] Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais,[428] entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura.[429] Posta a questão em outros termos, os direitos fundamentais, desde a sua dimensão objetiva, operam, como bem averba Miguel Presno Linera, não propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica.[430]

[425] Oportuna torna-se aqui a referência, inobstante exemplificativa, à doutrina das garantias institucionais desenvolvida com base nas lições de M. Wolff e C. Schmitt sob a égide da Constituição de Weimar de 1919, bem como da dimensão axiológica da Constituição, encontrada na obra de R. Smend *Constitución y derecho constitucional*, p. 37 e ss., no âmbito de sua "teoria da integração". Para o autor, a função integrativa da Constituição apoia-se justamente nos valores essenciais de uma determinada comunidade, em cuja base situam-se os direitos fundamentais.

[426] Como bem lembra E. Denninger, *AK I*, p. 189, no segundo volume da coletânea oficial de suas decisões (*BVerfGE 2*, 1/12), o Tribunal Federal Constitucional já havia feito referência, neste caso, reportando-se à Constituição na sua totalidade, a uma ordem de valores vinculativa de todos os órgãos estatais, baseada principalmente nos valores fundamentais na dignidade humana, na liberdade e na igualdade.

[427] Cf. *BVerfGE 7*, 198/204 e ss., posteriormente objeto de ratificação em outras decisões (por ex., *BVerfGE 49*, 89/141 e ss.).

[428] Cf. A.E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 20-1, que, neste contexto, aponta para a função legitimadora do Estado de Direito decorrente desta significação axiológica objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática, exercendo, Nesse sentido, o papel de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático.

[429] Em face de sua relevância para o desenvolvimento, fora da Alemanha, do entendimento de que os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão objetiva e subjetiva, passamos a transcrever os trechos do acórdão prolatado em 1981 (*STC* 25/1981, FJ 5º), tal como citado na coletânea de F. Rubio Llorente (Org.), *Derechos Fundamentales y Princípios Constitucionales*, p. 77: "En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los ciudadanos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución [...] Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales [...] se recoge en el art. 10.1 de la CE". Cumpre aduzir, em homenagem à completude, que o artigo 10.1 da Constituição Espanhola de 1978 reza que "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

[430] Cf. M. Presno Linera, "La estructura de las normas de derechos fundamentales", *in*: F. J. Bastida Freijedo e outros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, p. 51-52.

Desde já, percebe-se que, com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não está se fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja.[431] Assim, podemos partir da premissa de que ao versarmos sobre uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não estamos considerando esta no sentido de um mero "reverso da medalha" da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva,[432] e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.[433] É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representando também – naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais,[434] mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e sobre as quais ainda iremos tecer algumas considerações.[435]

Três aspectos de suma relevância para a compreensão da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais impõem-se sejam aqui sumariamente referidos, antes que adentremos a apresentação dos seus desdobramentos específicos. Inicialmente, partindo do pressuposto de que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos podem ter a natureza ou de princípios ou de regras (considerando-se a Constituição como sistema aberto de regras e princípios), há que ter em mente a inexistência de um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre princípios e perspectiva objetiva, de tal sorte que se pode falar em regras e princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos.[436] De outra banda, há que distinguir entre a significação da perspectiva objetiva no seu aspecto axiológico ou como expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos e a sua igualmente já citada mais-valia jurídica, isto é, no reconhecimento de efeitos

[431] Esta a oportuna advertência de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 144. Na verdade, toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação (Assim, cf. H. Dreier, *in: JURA* 1994, p. 509).

[432] Cf., dentre tantos, J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 143.

[433] Nesse sentido, por exemplo, H. Dreier, *in: JURA* 1994, p. 509.

[434] Esta a oportuna referência de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 165. Saliente-se, todavia, que a expressão "mais-valia" não deve ser considerada no sentido negativo que lhe atribuiu a doutrina marxista, mas, sim, como expressão de uma força jurídica reforçada dos direitos fundamentais.

[435] Citem-se aqui, pela sua importância, o desenvolvimento da categoria dos deveres de proteção do Estado (*Schutzpflichten*), da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (*status activus processualis*) e a problemática da sua eficácia provada (*Drittwirkung*), apenas para permanecermos no terreno da consensualidade.

[436] Nesse sentido, a precisa lição de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 545, recepcionando assim no direito lusitano o entendimento de R. Alexy, *in: Der Staat* 29 (1990), p. 55 e ss., quando, em estudo fundamental sobre a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, demonstrou que a distinção entre regras e princípios é neutra em relação à distinção entre a perspectiva subjetiva e objetiva, no sentido de que tanto normas que garantem direitos subjetivos, quanto normas que vinculam apenas objetivamente o Estado podem ter caráter principiológico.

jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva,[437] salientando-se a relevância de ambos os aspectos para a teoria jurídica contemporânea dos direitos fundamentais. Por derradeiro, cumpre frisar que na presente apresentação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não nos estamos limitando a qualquer uma das facetas específicas que a matéria suscita. Mesmo sem qualquer pretensão à completude e exaustão, é nossa intenção traçar um quadro o mais abrangente possível, no mínimo com uma breve referência aos pontos que nos parecem os mais relevantes.[438]

Ainda que para alguns (e não sem razão) a questão ora referida não integre a problemática propriamente dita da perspectiva objetiva como função autônoma dos direitos fundamentais,[439] importa consignar aqui que ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o *status* fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra também protegido, demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição.[440] Tendo em mente que, sob este aspecto, os direitos fundamentais continuam sendo direitos subjetivos individuais, cuida-se aqui, na verdade, de uma troca de perspectiva, no sentido de que aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia decisória e de ação eles objetivamente retiram do Estado.[441] Aqui estamos diante de uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo, que, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, tal como já foi objeto de referência, incluída aqui a existência de posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à perspectiva objetiva.

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.[442] Com base nessa premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de

[437] Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 145, que aponta para a existência de dois planos distintos e inconfundíveis no que tange à dimensão comunitária (objetiva) dos direitos fundamentais, quais sejam, uma dimensão valorativa ou funcional e o que denomina de dimensão jurídica estrutural.

[438] Neste contexto, cumpre referir o levantamento minucioso dos múltiplos desdobramentos da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais efetuado por P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 541-2, sem que possamos, no entanto, adentrar o exame isolado de cada uma destas facetas da perspectiva objetiva.

[439] Este o entendimento, dentre outros, de H. Dreier, *in: JURA* 1994, p. 509.

[440] Cf. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 133. Entre nós, confira-se, por último, D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 119.

[441] Esta a observação pertinente de Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 23.

[442] Nesse sentido, dentre outros, J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 144-5.

certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.[443] Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes,[444] de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, nesse sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular.[445] É nesse contexto (e importa que se faça a devida referência a este aspecto) que alguns autores têm analisado o problema dos deveres fundamentais, na medida em que este estaria vinculado, por conexo, com a perspectiva objetiva dos direitos fundamenteis na sua acepção valorativa.[446] Tendo em vista, contudo, que os deveres fundamentais, embora não constituam o objeto precípuo deste estudo, serão sumariamente analisados em capítulo autônomo, logo mais adiante, deixaremos aqui de desenvolver o ponto.

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Nesse contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.[447] Cumpre assinalar, ainda no que concerne a este aspecto, que esta ordem genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais obviamente não se confunde e não afasta a existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que – exclusivamente ou para além de consagrarem direito subjetivo individual – impõem ao legislador (ao menos em

[443] A ideia de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, em que pese sua posterior recepção na doutrina lusitana (cf., dentre outros, J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 146), encontra-se formulada já na jurisprudência constitucional alemã do início da década de cinquenta. Nesse sentido, o Tribunal Federal Constitucional (*BVerfGE* 4,7 e ss.) já se havia posicionado a favor de uma concepção do indivíduo como inserido numa comunidade e vinculado aos valores fundamentais desta (*die Gemeischaftsgebundenheit des Individuums* = vinculação comunitária do indivíduo).

[444] Sobre o sentido e o alcance desta dimensão comunitária e valorativa da função objetiva dos direitos fundamentais no direito luso-brasileiro há que destacar a obra já citada de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 145 e ss., da qual extraímos a noção referida.

[445] Sobre o tema, dentre outros e reunindo diversos ensaios de qualidade que discutem, com atualidade, as principais posições disponíveis na doutrina e jurisprudência, v. a coletânea de D. Sarmento (Org), *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

[446] Sobre os deveres fundamentais, v., principalmente (em língua portuguesa), J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 147 e ss., J. Miranda, *Manual IV*, p e J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 559-60. Mais recentemente, *v.* a expressiva contribuição de J. C. Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, notadamente na primeira parte da obra, onde desenvolve uma teoria dos deveres fundamentais. No âmbito da doutrina espanhola vale conferir a obra de R. A. Roig, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Entre nós, v. F. G. M. de Lima, "Os deveres constitucionais: o cidadão responsável", *in*: P. Bonavides, F. G. M. de Lima e F. S. Bedê (Coords.), *Constituição e Democracia*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 140 e ss., bem como D. Dimoulis e L. Martins. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2007, p. 76 e ss.

[447] Nesse sentido, v. a lição de K. Hesse, *in: EuGRZ* 1978, p. 433.

primeiro plano) a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos. Sobre este tema, contudo, teremos a oportunidade de proceder a exame mais acurado quando tratarmos, na segunda parte desta obra, da eficácia dos direitos fundamentais.

Sem prejuízo das demais funções já referidas, os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.[448] Ainda que aqui nos estejamos situando no terreno da obviedade e que não se trate, nesse contexto, propriamente de um reforço autônomo da juridicidade dos direitos fundamentais, já que toda norma constitucional, inclusive as que outorgam direitos subjetivos, necessariamente pode servir (em maior ou menor grau) de referencial para a aferição da validade do restante do ordenamento jurídico, julgamos oportuno frisar que também esta consequência se encontra vinculada à condição de direito objetivo peculiar a todos os direitos fundamentais.

Se até agora nos estivemos movimentando no âmbito da perspectiva objetiva na sua acepção valorativa, e não na esfera do desenvolvimento de novos conteúdos que podem integrar, de acordo com a distinção feita por Vieira de Andrade, a perspectiva jurídico-objetiva, sob o aspecto de sua caracterização como um reforço (no sentido de complementação) da eficácia normativa dos direitos fundamentais, impõe-se que nos posicionemos também nessa seara. Mais propriamente, para evitar eventual confusão com os pontos que acabamos de desenvolver, cuida-se aqui de apontar para os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, no sentido de não necessariamente atrelados aos direitos fundamentais consagradores de direitos subjetivos,[449] mas nem por isso – como bem lembra Ney Bello Filho – se cuida de normas (na esfera da dimensão objetiva) destituídas de exigibilidade pela via judicial.[450] Como bem lembra Konrad Hesse, a multiplicidade de significados inerente aos direitos fundamentais na condição de elementos da ordem objetiva corre o risco de ser subestimada caso for reduzida à dimensão meramente valorativa, de acordo com a qual os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores objetiva[451] e cujos aspectos peculiares já foram objeto de breve referência.

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição.[452]

[448] Cf., dentre outros, J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 161.

[449] A este respeito, v. a lição de J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 161.

[450] Cf. N. de B. Bello Filho, *Direito ao Ambiente*, op. cit., p. 42 e ss.

[451] Cf. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 135.

[452] V., dentre outros, as atualizadas manifestações de Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 23 e ss., bem como de M. Sachs *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 79. No direito lusitano estes efeitos da dimensão objetiva encontram-se arrolados de forma clara e didática na obra de J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 168-9, que,

Associada a este efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a problemática da sua eficácia na esfera privada, também abordada sob a denominação de eficácia horizontal, ou *Drittwirkung*, se preferirmos a expressão paradigmática oriunda da doutrina alemã. Na medida em que este tema será objeto de análise mais detida quando tratarmos da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, cumpre-nos assinalar, por ora, apenas a circunstância – diga-se, de passagem, ela própria já sujeita a controvérsias – de que a ideia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.[453]

Por estar intimamente vinculada à noção de que existem normas definidoras de direitos fundamentais que, nada obstante exerçam finalidade protetora de determinados bens jurídicos fundamentais reconduzíveis, direta ou indiretamente, ao valor da dignidade da pessoa humana, mas que não são suscetíveis de uma subjetivação, assume relevo, no contexto da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a figura jurídica das garantias institucionais. Para evitarmos, desde já, alguns equívocos, cumpre referir que não estamos a nos reportar à dimensão institucional inerente a todos os direitos fundamentais, de acordo com a concepção teórica de Peter Häberle, que – em que pesem sua importância e seus diversos aspectos positivos – foi objeto de severas críticas não só na doutrina germânica.[454] As garantias institucionais aqui referidas constituem, de certa forma, criação doutrinária alemã do primeiro pós-guerra, encontrando sua primeira formulação nas obras de M. Wolff e C. Schmitt, no sentido de que existem determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) que, por sua importância, devem estar protegidas contra a ação erosiva do legislador. Sem adentrar aqui o exame mais detalhado destas garantias institucionais, que, em princípio, não gerariam direito subjetivo individual (o que igualmente é controverso), importa frisar neste momento que excluímos do âmbito da abordagem as garantias institucionais não fundamentais (já que outras existem na Constituição), bem como os assim chamados direitos-garantia, uma vez que estes assumem a feição de direito subjetivo típico, sem prejuízo de eventual dimensão institucional, ainda que de cunho secundário. De qualquer modo, feita aqui a necessária referência à vinculação deste tema com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, remetemos o leitor para o próximo item, onde as garantias constitucionais serão objeto de análise mais detida.

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este

nesse contexto, além da necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, aponta, ainda, para a existência de uma obrigação geral de respeito vigente também na esfera privada e que identifica como um efeito externo deles. Nesse sentido, entendemos que este dever geral de respeito tanto diz respeito à necessidade de uma hermenêutica vinculada aos direitos fundamentais, quanto à problemática de sua eficácia privada. Entre nós, convém dizê-lo mais uma vez, a interpretação dos direitos fundamentais encontra-se primorosamente tratada na obra do Prof. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 532 e ss.

[453] A respeito da eficácia privada sob o aspecto de efeito inerente à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, v., dentre outros, a referência de H. Dreier, *in: JURA* 1994, p. 509 e ss. Entre nós, v., por último, F. R. Gomes. *O Direito Fundamental ao Trabalho*, 103 e ss.

[454] Esta a advertência de J. C. S. Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo*, p. 183, reportando-se às críticas tecidas por J. J. Gomes Canotilho.

incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados.[455] Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.[456] No âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente – mas não exclusivamente – aos direitos fundamentais à vida e à integridade física (saúde), assim como à proteção ao meio ambiente, tendo sido desenvolvidos com base no art. 2º, inc. II, da Lei Fundamental, além da previsão expressa encontrada em outros dispositivos.[457] Se passarmos os olhos pelo catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição, será possível encontrarmos também alguns exemplos que poderiam, em princípio, enquadrar-se nessa categoria.[458]

A dedução dos assim designados deveres de proteção estatais (que não se confunde com os deveres fundamentais atribuídos às pessoas), encontra-se vinculada à função dos direitos fundamentais na condição de imperativos de tutela, que, por sua vez, encontra-se associada ao monopólio estatal no que diz com o exercício da força e da consequente (genérica) vedação da autotutela, resultando, portanto, na instituição de deveres vinculantes (juridicamente exigíveis) por parte dos poderes públicos no sentido de proteger as pessoas contra violações dos seus direitos por parte do próprio Estado e dos particulares.[459] Como bem averba Domenéch Pascual, embora se trate de uma noção antiga (a de que o Estado deve zelar pela segurança dos cidadãos), que, em seus traços essenciais, remonta ao surgimento do Estado moderno, que reclamava para si o monopólio da força e assumiu a tarefa de zelar pela paz social e segurança dos indivíduos, no âmbito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da atual dogmática dos direitos fundamentais, os deveres estatais passam a ser diretamente vinculados à tutela dos direitos fundamentais, representando, como já destacado, obrigações juridicamente vinculativas que atuam como garantias dos direitos e que implicam direitos subjetivos a medidas de proteção.[460] Neste contexto, se é correto

[455] A este respeito, v., dentre outros, K. Hesse, *Grundzüge*, p. 155, e M. Sachs, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 79-80. Em língua portuguesa, v. em especial e por todos, J. Pereira da Silva. *Deveres do Estado de proteção dos Direitos Funtamentais*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2015.

[456] Esta a lição, dentre outros, de P. Badura, *Staatsrecht*, p. 79; na literatura mais recente, v., por exemplo, Jarass-Pieroth, p. 19.

[457] Nesse sentido, Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 26-7; a respeito de exemplos expressamente positivados, G. Manssen, *Staatsrecht I*, p. 17, que menciona os arts. 1º, inc. I (dignidade humana), e 6º, inc. IV (proteção da maternidade), da Lei Fundamental.

[458] Assim, poder-se-ia cogitar de um dever geral de proteção decorrente expressamente do artigo 5º, *caput*, da CF, que menciona expressamente o direito à segurança, assim como a proteção do consumidor na forma da lei (art. 5º, inc. XXXII), do dever de assegurar-se a proteção das participações individuais em obras coletivas (art. 5º, inc. XXVIII). No âmbito dos direitos sociais dos trabalhadores, merecem destaque as normas do art. 7º, inc. X (proteção do salário, na forma da lei), art. 7º, inc. XXVII (proteção legal contra a automação) e art.7º, inc. XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), apenas para que se fique na esfera das hipóteses que de forma mais evidente anunciam deveres expresssos de proteção por parte do Estado, por meio de medidas legislativas na esfera dos direitos fundamentais.

[459] Cf. Entre nós, v. a contribuição de L. Feldens, *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 73 e ss., desenvolvendo o tópico no âmbito dos reflexos da teoria dos deveres de proteção na seara jurídico-penal e agregada ao princípio da proporcionalidade.

[460] Cf., com amplo desenvolvimento, G. D. Pascual, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, especialmente p. 113 e ss. Na mesma perspectiva, v. J. J. Gomes Canotilho, "Omissões normativas e deveres de protecção", *in*: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II,

– como leciona Dieter Grimm – que os deveres de proteção, por exigirem intervenções por parte dos órgãos estatais – resultam em restrições de direitos, acarretando, nessa perspectiva, uma redução do âmbito de liberdade individual, tais restrições, vinculadas precisamente à necessidade de proteção de bens fundamentais (além de sujeitas, convém acrescentar, ao regime dos limites dos limites dos direitos fundamentais, nomeadamente, o respeito às exigências da proporcionalidade e da garantia do núcleo essencial) têm sempre por escopo a maximização dos direitos fundamentais, visto que as restrições objetivam, no plano geral, mais proteção da liberdade e dos direitos fundamentais das pessoas no âmbito da comunidade estatal.[461] Assim, os deveres de proteção não constituem – na dicção de Gomes Canotilho – "um simples dever de acção do Estado para proteger bens ou promover fins constitucionais, mas de um dever de acção para 'segurar' direitos consagrados e protegidos por normas constitucionais".[462]

Sem adentrar aqui o exame mais detalhado deste instigante tema, que oportunamente será retomado, bem como deixando de lado a controvérsia que grassa em torno da possibilidade de se deduzirem, com base nos deveres de proteção do Estado, certas posições jurídicas subjetivas, de modo especial o reconhecimento de um direito individual subjetivo a medidas ativas de proteção por parte dos poderes públicos, foi nosso objetivo deixar consignada mais esta importante faceta revelada pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Por derradeiro, não poderíamos deixar de mencionar – como último importante desdobramento da perspectiva objetiva – a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. Neste sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles.[463] Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.[464]

Tendo em vista que os deveres de proteção do Estado podem, por vezes, concretizar-se por meio de normas dispondo sobre o procedimento administrativo ou judicial, bem como pela da criação de órgãos, constata-se, desde já, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos funda-

Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 112, salientando, mediante a referência a dispositivos da primeira Constituição portuguesa (1822), dentre outros aspectos, que desde os seus primórdios, "o Rechtstaat, materialmente entendido, postulava não só a vinculação do Estado ao direito e à protecção da autonomia individual, mas também a garantia da protecção dos particulares, lesados nos seus direitos e interesses por "actos desvaliosos" de outros particulares".

[461] Cf. D. Grimm, "A função protetiva do Estado", *in*: C. P. Souza Neto e D. Sarmento, *A Constitucionalização do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 160.

[462] Cf. J. J. Gomes Canotilho, "Omissões normativas e deveres de protecção", op. cit., p. 113.

[463] Nesse sentido, dentre tantos, Jarass-Pieroth, *Grungesetz*, p. 20. Assim também M. Sachs, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 79.

[464] Esta a lição de K. Hesse, *Grundzüge*, p. 160-1 e de Ingo von Münch, *in*: *von Münch/Kunig I*, p. 36.

mentais.[465] Para além desta constatação, foi feita oportuna referência na doutrina para a necessidade de um procedimento ordenado e justo para a efetivação ou garantia eficaz dos direitos fundamentais.[466] Por fim, agregada à perspectiva subjetiva e à teoria dos direitos a prestações, esta concepção levou ao reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais à proteção mediante a organização e o procedimento,[467] sobre os quais, contudo, ainda teremos ocasião de nos manifestar já no próximo capítulo.

Do que até agora foi exposto, verifica-se que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui, na verdade, um terreno fértil para desenvolvimentos, podendo, neste sentido, ser considerada não tanto uma função nova dos direitos fundamentais, mas, sim, fundamento para outras funções, cujos contornos e importância específica dificilmente podem ser avaliados de forma precisa e apriorística.[468] A descoberta (ou redescoberta?) da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela, acima de tudo, que estes – para além de sua condição de direitos subjetivos (e não apenas na qualidade de direitos de defesa) permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação.

Este processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*) provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado Liberal para o do Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.[469] É neste contexto que se chegou a afirmar que o desenvolvimento de novas funções dos direitos fundamentais constitui problema de natureza essencialmente hermenêutica, na medida em que se encontra vinculado à possibilidade de, por meio da interpretação, se incorporarem novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais, revelando que também neste sentido se está, na verdade, diante do eterno dilema representado pela relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade.[470]

5.1.3. Os direitos fundamentais na sua perspectiva jurídico-subjetiva

Abstraindo todas as significações que poderiam ser atribuídas à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, inclusive em face da própria polissignificatividade do termo "subjetivo" (ainda que nos restrinjamos à seara jurídica), cumpre, desde já, assinalar que, sob a epígrafe "perspectiva subjetiva", é nossa intenção traçar, em linhas gerais, em que sentido tomamos o termo "direito subjetivo" como referido aos direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que a noção de direito subjetivo,

[465] Cf. Jarass-Pieroth, Grundgesetz, p. 20. De modo semelhante também Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 27.

[466] Sobre este aspecto, dentre outros, v. *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, p. 128.

[467] V., por todos, G. Manssen, *Staatsrecht I*, p. 29.

[468] Esta a pertinente advertência de H. Jarass, *in: AÖR* 110 (1985), p. 366.

[469] Esta a lição de H.H. Rupp, *in: AÖR* 101 (1976), p. 165, em seu conhecido ensaio sobre o problema da mutação dos direitos fundamentais e que justamente foi escrito sob este título (*Vom Wandel der Grundrechte*).

[470] Cf., novamente, H.H. Rupp, *in*: *AÖR* 101 (1976), p. 161 e ss.

a despeito de toda sorte de críticas e controvérsias em torno de seu conteúdo e significado, segue sendo essencial para o Direito e para os direitos fundamentais.[471] Neste contexto, deixaremos de adentrar até mesmo a interessante (mas inesgotável) discussão em torno da própria conceituação de direito subjetivo, ainda não completamente pacificada no seio da dogmática jurídica publicista e privatista. Por outro lado, renunciamos a qualquer pretensão de compilar as diversas posições sobre os possíveis conteúdos (posições jurídicas) que possam ser atribuídos aos direitos fundamentais na qualidade de direitos subjetivos, limitando-nos, para efeitos deste estudo, ao terreno da consensualidade, ainda que de cunho meramente relativo, que é possível encontrar sobre esta matéria. Outrossim, deixamos propositalmente de utilizar a expressão "direito público subjetivo", tão querida na doutrina nacional e até mesmo na estrangeira, já que esta designação, além de anacrônica e superada, não se revela afinada com a realidade constitucional pátria, uma vez que atrelada a uma concepção positivista e essencialmente estatista dos direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, típica do liberalismo.[472] Aliás, deveria bastar aqui a referência à eficácia dos direitos fundamentais em geral nas relações privadas, bem como a existência de normas de direitos fundamentais que têm por destinatário entidades privadas, como dão conta, entre nós, os direitos dos trabalhadores.

De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.[473] Neste sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de Vieira de Andrade, está atrelado "à proteção de uma determinada esfera de autorregulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos".[474]

Sem adentrarmos aqui (ainda) o exame das diversas constelações que podem constituir o objeto de um direito subjetivo fundamental, importa consignar, por ora, que tomamos este em sentido amplo, na medida em que para o titular de um direito fundamental se abre um leque de possibilidades, que se encontram condicionadas à conformação concreta da norma que o consagra. De modo geral, é possível afirmar que este espectro de variações no que concerne ao objeto do direito subjetivo (fundamental) se encontra vinculado aos seguintes fatores: a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários.[475] Neste contexto, cumpre frisar que os direitos fundamentais, mesmo na sua condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota da subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, transpareça – de regra – da forma mais acentuada.

De outra banda, é de destacar-se a circunstância de que a referida complexidade dos direitos fundamentais na sua perspectiva jurídico-subjetiva remete à conclusão de que se cuida de um feixe de posições estruturalmente diferenciadas,[476] não só no que diz com a forma de positivação, seu conteúdo e alcance, mas também no que concerne às diferentes funções que desempenham no âmbito do conjunto dos direitos fundamentais, o que (de acordo com o que veremos no próximo item), por sua vez, acarreta importantes consequências para uma proposta de classificação destes direitos.

Neste contexto, ainda que não seja nosso objetivo apresentar todas as variantes apontadas na doutrina sobre as possibilidades ligadas à noção de direito fundamental na condição de direito subjetivo, e ressalvada a existência de acirrada controvérsia nessa seara, torna-se indispensável referir – no mínimo para tomarmos alguma posição nessa seara – aquela que nos parece a proposta que, salvo pequenas variantes, tem angariado a simpatia da melhor e mais atualizada doutrina e que, para além disso, é suficientemente elástica para adaptar-se à noção de direito subjetivo em sentido amplo que aqui sustentamos, além de compatível com o nosso sistema constitucional positivo. Cuida-se aqui da proposta formulada por Robert Alexy, que, partindo da distinção efetuada por Bentham entre *rights to services, liberties and powers*, edifica sua concepção de direitos fundamentais (o que chamou de sistema das posições jurídicas fundamentais) em sua perspectiva subjetiva, com base no seguinte tripé de posições fundamentais, que, em princípio, pode integrar um direito fundamental subjetivo: a) direitos a qualquer coisa (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações); b) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições) e c) os poderes (competências ou autorizações).[477] Não sendo nosso propósito adentrar o exame de cada uma destas facetas referidas por Alexy, basta-nos a referência de que o problema da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais como direitos subjetivos se encontra umbilicalmente vinculado às diferentes facetas que pode assumir o direito subjetivo fundamental, tema sobre o qual nos debruçaremos na segunda parte desta obra.

---

471 Nesse sentido, a recente e oportuna lembrança de F. Galdino, *Introdução à Teoria do Custo dos Direitos*, p. 127 e ss., que, além disso, oferece interessante e bem construída contribuição para a compreensão de uma noção complexa e operativa de direitos subjetivos no âmbito da doutrina nacional mais recente.

472 V., Nesse sentido, a crítica de J. Miranda, *Manual IV*, p. 53 e ss., à terminologia "direito público subjetivo". De qualquer modo, parece-nos correto o ponto de vista de que os direitos fundamentais, em face das limitações da noção de direito público subjetivo, não podem ser reduzidos, na sua dimensão subjetiva, a esta categoria.

473 Assim a lição de J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 544. Diversa não é a posição da doutrina alemã, que reconhece nos direitos fundamentais subjetivos a existência de três elementos (titular, destinatário e objeto). Nesse sentido, dentre tantos, H.-U. Gallwas, *Grundrechte*, p. 15 e ss.

474 Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 163.

475 Sobre este ponto, v., dentre outros, J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 164.

476 Cf. J. C. S. Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo*, p. 192, arrimado nas lições de Vieira de Andrade, Canotilho e Alexy.

477 Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 171 e ss. Na literatura em língua portuguesa sobre os diversos conteúdos da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, remetemos o leitor às obras de J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 187 e ss., bem como de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 548 e ss., e, mais recentemente, J. C. S. Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo*, p. 189 e ss. Cumpre referir que os dois últimos autores citados – e de modo especial o último – recepcionaram (não sem uma contribuição pessoal) na doutrina lusitana o essencial da posição de R. Alexy, que sumariamente acabamos de apresentar. Entre nós, filiou-se a este entendimento S. de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 134 e ss., que sintetizou a posição de Alexy nesse particular.

Aliado à noção de direito subjetivo em sentido amplo, está, de outra banda, o reconhecimento de determinado grau de exigibilidade (ou justiciabilidade, se preferirmos), que, no entanto, é de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental. Para traçarmos uma distinção suficientemente precisa entre a perspectiva objetiva e subjetiva (sem prejuízo da possibilidade de uma eventual subjetivação de posições em princípio limitadas à juridicidade meramente objetiva), consideramos necessária a clarificação do significado desta exigibilidade, já que, de certa forma, a mera possibilidade de suscitar-se judicialmente o controle da constitucionalidade de um ato normativo não deixa de constituir, sob o ângulo de uma efetivação via judicial, uma faceta da subjetivação inerente a todas as normas constitucionais na condição de direito objetivo.[478] Neste contexto, quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamo-nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.[479]

Independentemente da problemática relativa à possibilidade de uma subjetivação (bem como de seus limites) das diversas funções inerentes à perspectiva objetiva, situa-se a questão da relação entre esta última e a perspectiva subjetiva ora sumariamente delineada. Neste sentido, a doutrina vem sustentando a existência de uma presunção em favor da prevalência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais.[480] Neste contexto, cumpre referir a lição de Robert Alexy, para quem a tese da presunção em favor da perspectiva jurídico-subjetiva encontra sustentação em dois argumentos. Assim, sustenta o renomado jusfilósofo, a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) reside na proteção do indivíduo, e não da coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva consiste, em primeira linha, numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos. Já o segundo argumento (que Alexy designa de argumento da otimização) diz com o caráter principiológico dos direitos fundamentais, destacando-se o fato de que o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de

[478] Não se cuida, portanto, do assim denominado direito subjetivo em sentido negativo, a que se refere, entre nós, R. Russomano, *in*: *As Tendências Atuais do Direito Público*, p. 269 e ss.

[479] Aderimos aqui parcialmente à posição de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 171 e ss., para quem o direito subjetivo fundamental representa, de modo geral, posições jurídicas subjetivas, individuais, universais e permanentes e fundamentais, que, dentre outros aspectos, exclui as garantias institucionais, uma vez que não suscetíveis de subjetivação, bem como os direitos fundamentais coletivos das organizações privadas e públicas, já que estas, segundo sustenta, não seriam direitos subjetivos fundamentais, mas, sim, competências no quadro de organização estatal que se equiparam às garantias institucionais. Entendemos, todavia – na esteira de J.J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, p. 570 e ss.) – que se cuida de uma concepção ainda demasiado reducionista, na medida em que vislumbramos a existência de direito fundamental subjetivo também para entes coletivos, inobstante as dificuldades operacionais que possam estar ligadas a esta titularidade coletiva. Por outro lado, reputamos redundante qualificar os direitos fundamentais subjetivos como fundamentais, além do que esta nota distintiva, na verdade, é comum a todos os direitos fundamentais, mesmo aqueles não subjetiváveis, já que há como falar, por exemplo, em garantias institucionais fundamentais. A fundamentalidade formal e material independe, portanto, do grau de exigibilidade no âmbito da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais.

[480] Nesse sentido, v. C. Starck, *in*: *von Mangoldt/Klein*, p. 92 e ss., bem como a tese de R. Alexy, *in*: *Der Staat 29 (1990)*, p. 60 e ss. Na literatura de língua portuguesa, cumpre referir as lições de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 159-60, e J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 547-8 (recepcionando a tese de Alexy). Entre nós, S. de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 130, ressalta o predomínio da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais.

obrigações de cunho meramente objetivo.[481] Assim sendo, de acordo com este entendimento e na plástica formulação de Gomes Canotilho (que, também neste particular, acolhe a doutrina de Alexy), os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais, do que resulta a constatação de que, em se encontrando constitucionalmente protegidos como direitos individuais, esta proteção dar-se-á sob a forma de direito subjetivo.[482]

Além do mais, há que levar em conta que este predomínio da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana.[483] Importa consignar, outrossim, que esta presunção em favor da perspectiva subjetiva (individual) não exclui a possibilidade, inclusive reconhecida pela nossa Constituição, de atribuir-se a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos que, todavia, e em que pese a distinção entre as noções de pessoa e indivíduo, gravitam, em última análise, em torno da proteção do ser humano em sua individualidade.[484]

De outra parte, as razões que sugerem uma postura cética em relação à propagada prevalência da dimensão subjetiva, podem ser reconduzidas a uma série de argumentos que aqui não se pretende, por ora, desenvolver, mas que devem ser levados a sério, notadamente em virtude de suas possíveis repercussões. Com efeito, dentre os diversos motivos aduzidos pelo autor, destacamos a ponderação de Jorge Reis Novais, no sentido de lembrar que a presunção em favor de um direito subjetivo adquire relevância prática apenas se implicar a exigibilidade judicial do direito em questão, o que, todavia, implica a necessidade de resolver problemas vinculados ao princípio da separação de poderes, bem como aspectos inerentes à eficácia da prestação jurisdicional, por conta de uma ampliação do espaço subjetivo a partir da dimensão objetiva e a correlata compressão da dimensão subjetiva individual.[485]

5.2. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais e o problema de sua classificação na Constituição

5.2.1. Introdução: a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e a atualidade da teoria de Georg Jellinek

Consoante ficou devidamente comprovado no item anterior, a dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais revela que estes exercem várias e diversificadas funções na ordem jurídica, o que deflui tanto das consequências atreladas à faceta jurídico-objetiva, quanto da circunstância de existir um leque de

[481] Cf. R. Alexy, *in*: *Der Staat* 29 (1990), p. 60 e ss. Ambos os argumentos de Alexy foram, mais recentemente, objeto de referência na obra de J.C.S. Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo*, p. 185.

[482] Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 547.

[483] Vai Nesse sentido a lição de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 160.

[484] Nesse sentido, cumpre acolher o pensamento de J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 547-8, o qual, com propriedade, aponta para o reconhecimento da prevalência do caráter subjetivo individual, no caso de uma tensão entre o direito de um indivíduo e de uma pessoa coletiva, que vai desembocar numa ponderação dos valores em jogo guiada pelas circunstâncias do caso concreto. A respeito da titularidade dos direitos fundamentais, ponto que aqui não vai desenvolvido, remetemos ao capítulo 6, infra.

[485] Cf. J. R. Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 96 e ss.

posições jurídico-subjetivas que, em princípio, integram a assim denominada perspectiva subjetiva. Além disso, há que levar em conta, neste contexto, o fato de que o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando da formatação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias formuladas sobre estes, razão pela qual a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que de longe não mais se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos.[486] Sem adentrarmos o mérito da proposta formulada, há quem – reconhecendo a referida multifuncionalidade – tenha relacionado ao todo doze funções típicas atualmente exercidas pelos direitos fundamentais, dentre as quais várias já foram, inclusive, objeto de menção no decorrer do item anterior.[487]

A constatação da multifuncionalidade dos direitos fundamentais não constitui, por outro lado, nenhuma novidade e pode – a despeito dos novos e importantes desdobramentos vinculados às perspectivas subjetiva e objetiva – ser reconduzida à doutrina dos quatro *status* de Georg Jellinek, do final do século passado, onde encontraria sua vertente,[488] tendo sido, além disso (inclusive entre nós), utilizada recentemente como referencial para a classificação dos direitos fundamentais.[489] Pela importância que ainda hoje exerce esta original concepção[490] e pela sua reconhecida relevância para a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, bem como para o problema de sua classificação, vale a pena nos debruçarmos, ainda que de forma contida, sobre este tema.

O publicista alemão Georg Jellinek, na sua obra intitulada "Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos" (*System der subjektiv öffentlichen Rechte*), formulou concepção original, de acordo com a qual o indivíduo, como vinculado a determinado Estado, encontra sua posição relativamente a este cunhada por quatro espécies de situações jurídicas (*status*), seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos. De acordo com a lição de Jellinek, na formulação que lhe deu Alexy, o *status* seria uma espécie de estado (uma situação) no qual se encontra o indivíduo e que qualificaria sua relação com o Estado.[491] No âmbito do que Jellinek denominou de *status* passivo (*status subjectionis*), o indivíduo estaria subordinado aos

[486] Nesse sentido, dentre outros, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 522 e ss.; M. Sachs, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 85, que, no direito alemão recente, também se pronuncia em favor de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais. No direito pátrio, cumpre citar G. F. Mendes, *in*: *CDTFP* nº 3 (1993), p. 23.

[487] Este o entendimento de A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 243 e ss., que cita decisões do Tribunal Constitucional Federal, sustentando uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais (*BVerfGE* 6,55 [71 e ss.] e 30, 173 [188]), arrolando as seguintes funções por estes desempenhadas: 1 – direitos de defesa (*Abwehrrechte*); 2 – direitos de participação ou quota-parte (*Teilhaberechte*); 3 – garantias institucionais; 4 – garantias procedimentais; 5 – direitos fundamentais como ordem de valores; 6 – direitos fundamentais como normas objetivas; 7 – direitos fundamentais como normas impositivas e autorizações para ação (*Grundrechte als Handlungsermächtigung und als Verfassungsauftrag*); 8 – direitos fundamentais como normas de conduta social (*soziale Verhaltensnormen*); 9 – direitos fundamentais como fundamento de deveres de proteção do Estado; 10 – direitos fundamentais negativos, ou deveres fundamentais; 11 – função legitimadora dos direitos fundamentais; e 12 – função pacificadora e de parâmetro de justiça (*Friedens-und Gerechtigkeitsfunktion*).

[488] Cf., por exemplo, A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 245 e, entre nós, G.F. Mendes, *in*: *CDTFP* nº 3 (1993), p. 23, que também reconduz a multifuncionalidade dos direitos fundamentais à teoria dos quatro *status* de Jellinek.

[489] V. a recente proposta classificatória de E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 82 e ss.

[490] Para P. Häberle, citado por J. C. S. Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo*, p. 196, a teoria clássica dos *status* de G. Jellinek representou o início do desenvolvimento no sentido de tomar juridicamente a sério os direitos fundamentais.

[491] Cf. G. Jellinek, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, p. 83, citado por R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 230.

poderes estatais, sendo, neste contexto, meramente detentor de deveres, e não de direitos, significando, de outra banda, que o Estado possui a competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições.[492] Para além deste *status subjectionis*, Jellinek toma como base a ideia de que, por ser dotado de personalidade, ao indivíduo é reconhecido um *status negativus*, consistente numa esfera individual de liberdade imune ao *jus imperii* do Estado, que, na verdade, é poder juridicamente limitado.[493] De acordo com Gonçalves Loureiro, "qualquer pretensão do Estado tem de ser fundada juridicamente, tornando-se o estado fáctico da liberdade num estado juridicamente reconhecido".[494] O terceiro *status* referido por Jellinek – e que complementaria o *status negativus* – é o assim denominado *status positivus* (ou *status civitatis*), no qual ao indivíduo seria assegurada juridicamente a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas.[495] É no *status positivus* que se poderia, grosso modo, enquadrar os assim denominados direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais, salientando-se aqui a crítica formulada pela atual doutrina no que concerne à localização dos direitos de defesa no âmbito da teoria de Jellinek.[496] Por derradeiro, Jellinek complementa sua teoria com o reconhecimento de um *status activus* ao cidadão, no qual este passa a ser considerado titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como, por exemplo, pelo direito de voto.[497]

Sem adentrar o exame minucioso das diversas críticas tecidas relativamente à teoria dos quatro *status* de Jellinek no decorrer do último século, importa, contudo, consignar algumas das que reputamos mais pertinentes, na medida em que ao mesmo tempo proporcionam uma revisão crítica da doutrina, bem como sua complementação e adaptação às circunstâncias nas quais atualmente se encontram a doutrina e o direito constitucional positivo. Assim, por exemplo, alerta-se para a circunstância de que se faz necessária uma releitura do *status negativus* (também chamado de *status libertatis*). Tendo em mente que para Jellinek as liberdades do indivíduo, neste estado, são exercidas apenas no âmbito da lei, encontrando-se, portanto, à disposição do legislador, há que adaptar esta concepção aos tempos atuais, quando não se concebe mais (e isto também no direito constitucional pátrio) uma sujeição das liberdades individuais à legislação infraconstitucional. O *status negativus* de Jellinek deve, portanto, ser encarado mais propriamente como um *status* negativo dos direitos fundamentais (*ein negativer grundrechtlicher Status*), no qual a liberdade é concebida como liberdade

[492] Cf. a leitura de R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 230-1.

[493] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 233.

[494] Cf. J.C.S. Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo*, p. 197.

[495] Sobre o *status positivus* de Jellinek, v., principalmente, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 238 e ss.

[496] Nesse sentido, oportuna a menção de J.C.S Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo*, p. 197-8, que, baseado na crítica formulada por Alexy, observa que, de acordo com a proposição de Jellinek, os direitos de defesa (considerados como tais os direitos a abstenções do Estado) não se poderiam enquadrar em nenhum dos dois *status* referidos, de tal sorte que se torna imperiosa uma leitura extensiva do *status negativus*, que, além das liberdades jurídicas não protegidas, também englobaria os direitos de defesa, que, por outro lado (como direitos a ações negativas), também poderiam integrar o *status positivus* em sentido amplo, sendo, sob esta ótica, comuns a ambos os *status*.

[497] Sobre o *status activus* de Jellinek, v. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 242-3, que, secundado por J.C.S. Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo*, p. 198, aponta para as dificuldades que cercam a definição precisa do estatuto jurídico das competências que integram este *status*.

de quaisquer intervenções inconstitucionais, em outras palavras, em que as liberdades e os direitos fundamentais em geral vinculam também o legislador.[498]

Outra crítica à teoria de Jellinek que vem merecendo a atenção da doutrina foi formulada por Konrad Hesse, para o qual, o *status* constitucional do indivíduo garantido pelos direitos fundamentais não constitui uma situação meramente formal, relativa ao indivíduo abstrato (como é o caso do *status negativus* de Jellinek), mas, sim, um *status* jurídico material, com conteúdo concreto e determinado, que não se encontra à disposição ilimitada nem do indivíduo nem dos poderes públicos.[499] Em que pese a pertinência das críticas tecidas por Hesse, não nos parece que elas tenham o condão de fulminar por completo a possibilidade de se aproveitarem, na sua essência, as lições de Jellinek, mas, sim, que estas merecem ser lidas e compreendidas à luz das atuais circunstâncias. Impende considerar, neste sentido, que Jellinek redigiu sua obra num contexto marcado, por um lado, por uma prevalência da concepção liberal de Constituição e, por outro, por uma Constituição monárquica de um Estado altamente centralizado, como era a Alemanha de Guilherme II. Além do mais, de acordo com a perspicaz ressalva de Alexy, não há como olvidar que a posição jurídica global do indivíduo também pode ser analisada com base numa perspectiva formal, que, por outro lado, não exclui a correta observação de que mediante as normas de direitos fundamentais o indivíduo é reconduzido a *status* jurídicos com determinado conteúdo (*status* jurídico-material).[500]

Para além das questões colocadas e de outras críticas pertinentes que aqui poderiam ser colacionadas, é preciso considerar, ainda, que as lições de Jellinek foram sendo, ao longo dos tempos, complementadas pela doutrina, para adaptá-la às funções que atualmente são atribuídas aos direitos fundamentais e que não correspondem mais ao ambiente no qual foi desenvolvida a teoria dos quatro *status*. Neste sentido, além da já sugerida releitura do *status negativus*, cumpre salientar que o *status activus* foi alargado para que nele também pudesse ser integrado o *status activus processualis* de Peter Häberle,[501] o qual, por sua vez, diz com a dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais, já referida quando abordamos a perspectiva objetiva destes. Ademais, deve merecer a devida atenção o reconhecimento de um *status*

[498] Esta a pertinente crítica de R.Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 244-5, acompanhada, no direito lusitano, por J.C.S. Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo*, p. 199.

[499] Cf. K. Hesse, Grundzüge, p. 127-8. Para Hesse, o *status negativus* de Jellinek é meramente formal e secundário em relação ao *status subjectionis*, já que a pessoa a quem é reconhecido o *status negativus* não é o ser humano e cidadão em sua dimensão histórica e concreta, mas, sim, o indivíduo abstrato, reduzido à capacidade de ser titular de direitos e obrigações. A liberdade garantida por este *status* não é – de acordo com a crítica de Hesse – relacionada a situações concretas de vida, mas sim, uma liberdade genérica e abstrata de poder exercido de forma ilegal e que se encontra, além disso, à disposição do próprio Estado, de tal sorte que o *status subjectionis*, potencialmente ilimitado, passa a excluir a personalidade e a autonomia individual. Além disso, para Hesse esta concepção formal de uma garantia formal da liberdade abstrata não se harmoniza com o sistema consagrado pelo direito constitucional positivo alemão (Lei Fundamental), onde se encontram diversas liberdades fundamentais especificamente previstas e limitadas por cláusulas de reserva legal.

[500] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 247, que aponta para a circunstância de que o objeto da teoria de Jellinek é a estrutura formal das posições jurídicas fundamentais do indivíduo e que tal perspectiva, além de não ser incompatível como uma concepção material, assume relevância na medida em que não é apenas necessário que se questione a respeito do conteúdo das normas de direitos fundamentais que fundamentam o *status* individual, mas, sim, sobre qual a estrutura jurídico-formal que as normas devem possuir para exercerem esta função.

[501] Sobre o conteúdo do *status activus processualis* (além de uma crítica à teoria de Jellinek) v. P. Häberle, *in*: *VVDStRL* 30 (1972), p. 81 e ss.

positivus socialis,[502] expressão da consagração dos direitos sociais, econômicos e culturais de natureza prestacional, assim como as demais funções decorrentes da perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, que igualmente devem ser consideradas neste contexto. O que nos parece relevante é o fato de que a teoria dos quatro *status* de Jellinek, na medida em que foi sofrendo críticas e reparos, foi mantida viva mediante um contínuo processo de redescoberta pela teoria constitucional (inclusive no direito pátrio), de modo especial, na qualidade de parâmetro para a classificação dos direitos fundamentais,[503] tema do qual nos ocuparemos no próximo item.

5.2.2. O problema da classificação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988

5.2.2.1. Considerações preliminares

A tentativa de uma classificação sistemática dos direitos fundamentais, calcada em critérios objetivos e funcionais, revela-se como sendo extremamente problemática e complexa. Tais dificuldades decorrem, dentre outros aspectos, da diversidade de funções exercidas pelos direitos fundamentais, de sua distinta e complexa estrutura normativa (por sua vez vinculada à técnica de sua positivação no texto constitucional), bem como das especificidades de cada ordem constitucional. Além disso, há que considerar a existência de diversos critérios classificatórios utilizados e que nem sempre são compatíveis entre si, além de, por vezes, não serem afinados com o direito constitucional positivo. Por outro lado, ainda que não se deva supervalorizar o problema da classificação, este não se revela destituído de importância para a teoria dos direitos fundamentais, na medida em que por meio da classificação é possível obter não apenas uma visão global e sistemática sobre o conjunto dos direitos fundamentais, mas também parâmetros objetivos para sua interpretação, enquadramento funcional e até mesmo a determinação do regime jurídico aplicável.

Analisada à luz do direito constitucional positivo brasileiro, a questão classificatória revela-se como sendo particularmente problemática. Por um lado, verifica-se a dificuldade de se utilizarem os critérios classificatórios mais comuns na doutrina, na medida em que esbarram nas peculiaridades do direito positivo. Além disso, a ausência de sistematicidade e, em muitos casos, a precária técnica legislativa do nosso texto constitucional,[504] não favorecem o trabalho. Nesse sentido, é preciso ter

[502] De um *status positivus socialis* nos fala D. Murswiek, *in*: *HBStR V*, p. 248.

[503] Na doutrina constitucional alienígena, recorrem à teoria de Jellinek, no que concerne à classificação dos direitos fundamentais: na Espanha, cumpre citar o nome de A.E. Pérez Luño, *Derechos Humanos*, p. 58. Na Alemanha, por exemplo, valem-se para a proposta de critérios de classificação dos direitos fundamentais Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 18 e ss. e C. Starck, *in*: *von Mangoldt-Klein*, p. 83 e ss. Já em Portugal assume relevo a lição de J. Miranda, *Manual IV*, p. 83 e ss., que, além de propiciar uma sintética e bem-colocada apresentação da doutrina de Jellinek, a utiliza como referencial para uma proposta classificatória dos direitos fundamentais. No Brasil, a teoria de Jellinek foi utilizada como parâmetro por J.C. de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, p. 425, e, mais recentemente, por G.F. Mendes, *in*: *CDTFP* nº 3 (1993), p. 23. As mais recentes abordagens da doutrina de G. Jellinek no direito pátrio foram efetuadas por E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 82 e ss., e S. de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 131 e ss. Também C. Ari Mello, "Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito", *in*: RDA 224 (2001), p. 242 e ss., prefere adotar uma classificação mais afinada com a proposta original de Jellinek.

[504] Nesse sentido, a advertência de C. R. Bastos, in: *A Constituição Brasileira 1988 – Interpretações*, p. 21 e ss., que, além de criticar a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais (o qual, na verdade – segundo sustenta o autor – não contém muitos direitos realmente novos), manifestou sua discordância com relação à precária técnica legislativa utilizada pelo Constituinte.

em vista que a Constituição de 1988 abrigou em seu catálogo (e fora deste) direitos fundamentais que exercem, em princípio, todas as funções referidas no item anterior, vinculadas à sua dupla perspectiva objetiva e subjetiva, utilizando-se, para tanto, das mais variadas técnicas de positivação. Basta, contudo, um breve olhar sobre o texto constitucional, para que se percebam algumas das dificuldades apontadas. Assim, por exemplo, é possível perceber que, no âmbito dos direitos sociais (arts. 6º a 11 da CF), se encontram tanto direitos a prestações, quanto concretizações dos direitos de liberdade e igualdade, com estrutura jurídica diversa. Ainda no capítulo dos direitos sociais, há que registrar a existência de direitos com titulares diversos, de vez que os direitos e garantias dos arts. 7º a 11 são outorgados apenas aos trabalhadores, ao passo que os direitos sociais do art. 6º são, em princípio, direitos de todos. Além disso, constata-se que no capítulo dos direitos individuais e coletivos é possível encontrar até mesmo normas de conteúdo eminentemente impositivo (normas-tarefa ou normas-programa), como demonstra o exemplo da proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII), contendo, ainda, típicas garantias institucionais fundamentais, como é o caso da instituição do Tribunal do Júri (art. 5º, inc. XXXVIII).

Dentre os diversos critérios classificatórios encontrados na doutrina, alguns podem ser excluídos de plano. Este é o caso, por exemplo, da distinção efetuada entre direitos de liberdade e igualdade, que – a despeito de sua relevância para outros aspectos da teoria dos direitos fundamentais –, peca pela sua incompletude, já que não abrange a totalidade dos direitos fundamentais. O agrupamento dos direitos fundamentais de acordo com as diversas gerações ou dimensões já resiste ao critério da abrangência, mas, no mais das vezes, se revela destituído de maior interesse prático, à semelhança do que ocorre com a distinção entre direitos civis, políticos e sociais (sociais, econômicos e culturais), que até propicia uma visão panorâmica no que concerne à matéria regulada pelos direitos fundamentais, mas não gera maiores benefícios quando se cuida de uma organização que diga respeito às funções dos direitos fundamentais e à força jurídica dos preceitos que os consagram.[505] É nessas classificações, contudo (ressalvadas exceções[506]), que se situa a maior parte das propostas formuladas.[507]

No direito brasileiro não se vislumbra, por outro lado, a possibilidade de adotar o critério que norteou os pais da Constituição da República portuguesa de 1976, de modo especial após sua depuração através das posteriores revisões constitucionais, principalmente a de 1982. De acordo com o direito constitucional positivo lusitano, os direitos

[505] Ainda que estejamos cientes de que autores do porte de um Thomas Marschall (tal qual com propriedade alude Ferrajoli, *Derechos y Garantías*..., p. 55 e ss.) tenham adotado esta classificação, entendemos que se cuida de uma proposta inadequada, pelo menos no que diz com a sua relevância prática (notadamente na esfera da eficácia e efetividade) e insuficiente, tal qual ainda teremos ocasião de demonstrar neste capítulo.

[506] É o caso, por exemplo, da excelente contribuição de J. Schäfer, *Classificação dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 (ainda que não possamos comungar na íntegra com as posições do autor, como se verá mais adiante), que direciona importante crítica ao critério "generacional", com a adesão de W. C. Rothenburg, *Direitos Fundamentais*, São Paulo: Método, 2014, p. 63 e ss.

[507] Dentre as diversas variantes oferecidas no âmbito da doutrina constitucional nacional, aproveitamos para citar a proposta de J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 163-4, para quem os direitos fundamentais, de acordo com o seu conteúdo (natureza do bem protegido e objeto da tutela), em nossa Constituição se classificam nos seguintes grupos: a) direitos fundamentais do homem-indivíduo (direitos individuais); b) direitos coletivos (do homem como membro de uma coletividade); c) direitos fundamentais do homem social, ou simplesmente direitos sociais; d) direitos à nacionalidade (do homem-nacional); e) direitos do homem-cidadão (ou direitos políticos). Esta classificação, em que pese estar atrelada à sistemática da Constituição, não oferece muito mais do que uma visão ordenada sobre o conteúdo do catálogo, tendo relevância predominantemente didática.

fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos formados, respectivamente, pelos direitos, liberdades e garantias (Título II), e pelos direitos econômicos, sociais e culturais (Título III). Tal classificação se justifica pelo fato de o Constituinte ter previsto regimes jurídicos diferenciados para ambos os grupos, reservando uma força jurídica privilegiada aos direitos, liberdades e garantias, que, ao contrário dos direitos sociais, foram incluídos nas "cláusulas pétreas" da Constituição (art. 288, letra *d*, da CRP), além de serem considerados diretamente aplicáveis, vinculando todas as entidades públicas e privadas (art. 18, nº 1, da CRP), princípio que não se aplica aos direitos sociais do Título III.[508] Cumpre reconhecer que, entre nós, tal distinção, ou mesmo alguma que lhe seja similar, não é, em princípio, viável, já que, à evidência, todos os direitos fundamentais estão, em tese, sujeitos ao mesmo regime jurídico.

A matéria não se revela, no entanto, totalmente isenta de controvérsias, ao menos potencialmente. Nesse contexto, poder-se-ia cogitar, ao menos *ad argumentandum*, de uma distinção entre os direitos fundamentais que integram as cláusulas pétreas de nossa Constituição e aqueles que, em contrapartida, não constituem limites materiais à reforma constitucional. Tal distinção poderia encontrar suporte na redação do art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental, de acordo com o qual, apenas os direitos e garantias individuais se encontram protegidos contra o Poder Constituinte derivado. Na medida em que teremos oportunidade de aprofundar esta questão no último capítulo deste estudo, cabe frisar, neste momento, que não compartilhamos este ponto de vista, por entendermos que à luz de uma interpretação sistemática e teleológica é possível sustentar a tese de que todos os direitos e garantias fundamentais da Constituição (inclusive os situados fora do catálogo) constituem limite material à reforma constitucional, já que o Constituinte contemplou a todos com a mesma força jurídica e fundamentalidade. De qualquer modo, apenas com base numa análise mais detida desta problemática é que se poderá argumentar com maior autoridade num ou noutro sentido. O mesmo pode ser afirmado relativamente a qualquer tese (independentemente de seu valor) que proponha a classificação dos direitos fundamentais de acordo com sua eficácia ou efetividade, na medida em que uma posição definitiva pressupõe o estudo prévio das questões correlatas e logicamente antecedentes.

Uma classificação que desde já se revela viável, à luz do que até agora foi exposto no decorrer desta obra, é a que distingue entre direitos fundamentais escritos ou expressamente positivados (na Constituição ou em tratados internacionais), e os direitos fundamentais não escritos (implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios). Cuida-se de proposta sem dúvida nenhuma importante e embasada no direito constitucional positivo, mais especificamente, no disposto no art. 5º, § 2º, da CF, mas que, além de aludir a direitos não positivados e de servir de referencial para algumas das demais considerações sobre o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais em nossa Constituição, pouco contribui para uma apresentação sistemática e funcional destes. Igualmente vinculada à problemática da abertura do catálogo propiciada pelo art. 5º, § 2º, da CF, encontra-se a já referida distinção entre direitos fundamentais no sentido material e formal (direitos positivados no texto constitucional, bem como os não escritos), e direitos apenas materialmente fundamentais (previstos em tratados internacionais). Tal distinção, todavia, assume relevância apenas se

[508] Sobre esta forma de classificação dos direitos fundamentais no direito constitucional lusitano, bem com a respeito do regime diferenciado entre ambos os grupos de direitos consultem-se as obras de J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 194 e ss. e J.C. Casalta Nabais, *in*: *BMJ* nº 400 (1990).

comungarmos do ponto de vista de que os direitos apenas materialmente fundamentais estão sujeitos a regime jurídico diferenciado (como, por exemplo, o fato de não terem a mesma hierarquia das normas constitucionais ou, mesmo a tendo, de não estarem abrangidos pelas "cláusulas pétreas").

Sem pretendermos esgotar aqui as inúmeras e interessantes variantes oferecidas pela doutrina, bem como as diversas possibilidades e aspectos (positivos e negativos) que cada uma suscita, mas para não deixarmos de lançar aqui ao menos uma tomada de posição pessoal sobre o tema, abandonamos esta fase preliminar e passamos, no próximo item, a tecer algumas considerações em torno daquela que julgamos a maneira mais adequada de classificar os direitos fundamentais à luz de nosso direito constitucional positivo.

5.2.2.2. Considerações em torno de uma proposta classificatória sob ângulo funcional e tomada de posição pessoal

Entendemos, na esteira de outros autores, que é na doutrina de Jellinek, por nós sumariamente exposta, que iremos encontrar uma das vertentes mais férteis para a obtenção de uma proposta classificatória cientificamente resistente, além de constitucionalmente adequada. Outro importante referencial é, sem dúvida, a influente concepção de Robert Alexy, por sua vez, inspirado, ainda que parcialmente, nas lições de Jellinek. No direito lusitano, a doutrina de Alexy foi recepcionada (embora com as perspicazes ressalvas e a devida adaptação ao direito positivo) principalmente por Gomes Canotilho.[509] Aproximando-se mais do modelo original de Jellinek, encontramos, entre nós, a recente referência de Pereira de Farias, em sua dissertação de mestrado defendida em dezembro de 1995 na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, o qual, por sua vez, seguiu a formulação dada à doutrina jellinekiana pelo ilustre publicista de Coimbra, Vieira de Andrade.[510] De qualquer modo, observa-se uma nítida tendência à adoção de fórmulas classificatórias atreladas ao critério funcional, o que, se não representa uma garantia de que nos encontramos no caminho correto, ao menos demonstra que estamos em boa companhia.

Analisando-se as propostas referidas, registra-se uma virtual convergência no que concerne à divisão, num primeiro momento, dos direitos fundamentais em dois grandes grupos, formados, respectivamente, pelos direitos fundamentais como direitos de defesa e pelos direitos a prestações. A partir daí, tornam-se perceptíveis algumas diferenças, ainda que não necessariamente essenciais. Em que pese a consensual subdivisão do grupo dos direitos a prestações em outros dois grupos, verifica-se que para o Prof. Canotilho os direitos a prestações podem ser classificados em direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais (por sua vez subdivididos em direitos derivados e direitos originários a prestações) e, por outro lado, em direitos à participação na organização e procedimento. Já para Alexy, os direitos a prestações abrangem os

[509] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 552 e ss.

[510] Cf. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 84 e ss. Atente-se, contudo, para o fato de que o próprio Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 192 e ss., revela – diga-se de passagem, oportunamente – que esta modalidade classificatória, apesar de revelar algum interesse, não é a que melhor harmoniza com o direito constitucional positivo lusitano. Também esta parece ser a perspectiva adotada por P. G. Gonet Branco, *in*: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 139 e ss., ao menos no que diz com as funções exercidas pelos direitos fundamentais, e, mais recentemente, por D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 63 e ss.

direitos prestacionais em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento), bem como os direitos a prestações *stricto sensu*, que identifica com os direitos sociais de natureza positiva. De acordo com a proposta de Pereira de Farias – e, portanto, dos que notadamente optaram por uma fidelidade maior ao modelo Jellinek (na formulação que lhe foi dada por Vieira de Andrade) –, o grupo dos direitos a prestações encontra-se subdividido nos direitos a prestações jurídicas e nos direitos a prestações materiais. Além disso, Pereira de Farias não inclui os direitos à participação na organização e procedimento no grupo dos direitos prestacionais, preferindo, em vez disso, formar um terceiro grande grupo (ao lado dos direitos de defesa e direitos a prestações), que intitulou de direitos fundamentais de participação, e que, na sua ótica, corresponderia ao *status activus* de Jellinek, abrangendo os direitos políticos.

Todas as formulações – e nisto reside sua maior vantagem – vieram, em nosso entender, ao encontro da necessidade de se enunciar proposta de classificação afinada com as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, evitando, de tal sorte, as desvantagens das demais classificações, que, nesse aspecto, acabam pecando por sua incompletude. Além disso, a classificação de acordo com o critério funcional é suficientemente abrangente e elástica para viabilizar sua adaptação às peculiaridades do direito constitucional positivo, bem como por propiciar elementos seguros sobre as funções dos direitos fundamentais, com aplicação na seara hermenêutica, inclusive no que concerne ao problema da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais. Com efeito, sem nos adiantarmos aqui no exame do mérito da problemática, verifica-se que os direitos de defesa costumam ser considerados como previstos em normas de eficácia plena, ao passo que, na esfera dos direitos a prestações, se apresentam problemas comuns que levam a doutrina e a jurisprudência a encará-los, no mais das vezes, como contidos em normas de eficácia limitada. A doutrina de Jellinek, como visto, desde que reavaliada à luz das circunstâncias atuais, mantém, portanto, uma surpreendente atualidade. Por outro lado, ainda que não se pretenda (nem possa) polemizar com a desejável profundidade sobre eventuais inadequações das propostas referidas, bem como sobre qual a melhor de ambas, importa que deixemos aqui consignada a nossa posição pessoal a respeito do assunto.

Nesse contexto, cumpre averbar que a proposta de Pereira de Farias (assim como todas as formulações similares), quando se analisa mais a fundo a sua concepção de cada um dos grupos que compõem a sua classificação, poderia sugerir alguns reparos, em que pesem os aspectos positivos já destacados. Inicialmente, chama a atenção que o autor deixou de mencionar as categorias dos direitos originários e derivados a prestações, corretamente referidas por Canotilho, e que não poderiam, salvo melhor juízo, deixar de ser contempladas, de modo especial, pela distinção entre ambas e suas relevantes consequências para a problemática do reconhecimento de direitos individuais subjetivos fundamentais a prestações materiais, que ainda será objeto de análise no decorrer deste estudo. Trata-se, contudo, de lacuna suprível mediante a simples inclusão destas duas espécies (direitos derivados e originários) no grupo maior dos direitos a prestações. Saliente-se, por outro lado, a acertada distinção traçada por Pereira de Farias (implícita na classificação de Canotilho e expressamente prevista por Vieira de Andrade) entre direitos a prestações jurídicas e materiais, que, mediante o reparo feito, poderia ser mantida.

Outro aspecto que merece algum questionamento é a sugestão no que tange à formação de um terceiro grupo de direitos fundamentais, integrado pelos direitos de participação, que abrangeria os direitos políticos, tal qual como já o havia proposto o próprio Georg Jellinek. Verifica-se, neste particular, que tanto Pereira de Farias quanto Vieira de Andrade (assim como, mais recentemente, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins)[511] reconhecem – com correção – que se cuida de categoria mista, agregando elementos próprios dos direitos de defesa e dos direitos a prestações, embora não resulte suficientemente explicitada a dimensão prestacional dos direitos e liberdades políticas. Nesse sentido, cabível a observação de que eventual duplicidade de funções não justifica, por si só, o enquadramento dos direitos políticos num grupo distinto, na medida em que os direitos de participação podem ser perfeitamente inseridos no grupo ao que mais se ajustam (direitos de defesa ou direitos a prestações, conforme o caso). Além disso, omitiram os autores citados a necessária referência aos direitos de participação na organização e no procedimento, habitual e corretamente integrados (como sustentam Alexy e Canotilho) ao grupo dos direitos prestacionais em sentido amplo. Assim, entendemos que também nesse sentido a proposta formulada entre nós por Pereira de Farias poderia sofrer um leve ajuste, no sentido de excluir os direitos de participação como grupo autônomo, reagrupando-os nos dois primeiros grupos, de acordo com sua função preponderante.[512]

Para além do exposto, percebe-se que Pereira de Farias (assim como as classificações mais fiéis ao modelo de Jellinek), na sua inovadora obra sobre a temática da colisão entre direitos fundamentais, não contemplou (nem no âmbito das categorias específicas), a relevante (e por nós sumariamente referida) função representada pelo reconhecimento de deveres de proteção do Estado, aos quais, ao menos em princípio, poderiam corresponder autênticos direitos fundamentais à proteção. Inobstante a necessidade de se aferir a possibilidade de uma recepção desta categoria de direitos fundamentais em nosso direito positivo (tarefa ainda não empreendida), cuida-se de grupo expressa e corretamente previsto por Alexy e que se enquadra no grupo dos direitos a prestações em sentido amplo, tratando-se, principalmente, de prestações jurídicas, e não fáticas.

Por derradeiro – em que pesem outras digressões possíveis – entendemos passível de questionamento o enquadramento das garantias institucionais, tal como efetuado por Pereira de Farias, que as integrou nos direitos a prestações, especificamente, na categoria dos direitos a prestações jurídicas do Estado. Tal posição foi mantida pelo citado autor na 2ª edição de sua obra,[513] inclusive refutando, com argumentos de valor, o nosso entendimento. Todavia, reconhecendo uma eventual duplicidade de funções, consideramos que não é o fato de que as garantias institucionais (como de resto, todos os direitos de defesa) reclamam medidas positivas de proteção, que

[511] Cf. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 68 e ss.

[512] Neste particular, cumpre destacar que tal omissão foi reconhecida e suprida na 2ª edição da importante obra de E. P. Farias, *Colisão de Direitos*, p. 108, No mais, o ilustre autor segue mantendo sua posição de enunciar os direitos de participação como categoria autônoma. Nesse sentido, destaca-se que, não obstante tal seja uma alternativa plausível, que, de resto, encontra respaldo em abalizada doutrina e continua atraindo adeptos, continuamos sustentando que os direitos de participação, tendo em conta sua dimensão prestacional ou defensiva preponderante (embora não exclusiva), podem ser reconduzidos aos direitos de defesa ou prestacionais. Isto, por outro lado, não afasta, como sempre reconhecemos, o fato de que em muitos casos os direitos fundamentais possuem uma dupla função negativa (ou defensiva) e prestacional.

[513] Cf. E. P. Farias, *Colisão de Direitos*, p. 109.

têm o condão de afastar sua inclusão – pelo critério da função preponderante (e não exclusiva) – no grupo dos direitos de defesa. Seu objetivo principal continua sendo o de proteger determinadas instituições (ou institutos) contra o esvaziamento, supressão ou ingerências indevidas. Entendemos, nesse particular, que não se verifica qualquer sustentáculo para a inclusão das garantias institucionais no grupo dos direitos a prestações, o que não significa que com isto estejamos negando a efetiva dimensão protetiva destas posições jurídicas fundamentais, como, de resto, de todos os direitos fundamentais enquanto obstáculo a intervenções dos poderes públicos. Consideramos, todavia, que se estas devem ser inseridas no âmbito das propostas classificatórias ora examinadas, devem ser reportadas ao grupo dos direitos de defesa, na medida em que, consoante lição de C. Schmitt – correta e oportunamente recolhida pelo próprio Pereira de Farias –, as garantias institucionais objetivam outorgar uma especial proteção a determinadas instituições, no sentido de evitar sua supressão por intermédio do legislador infraconstitucional.[514]

Afastando-nos já do âmbito específico das considerações tecidas em torno das propostas classificatórias formuladas e encaminhando-nos para uma tomada de posição nessa seara, deparamo-nos com algumas questões interessantes. Poderíamos, por exemplo, indagar da pertinência de formarmos, ao lado dos direitos de defesa e direitos a prestações, um terceiro grupo, composto exclusivamente pelas garantias institucionais fundamentais. Saliente-se que este terceiro grupo não abrangeria os assim denominados direitos-garantia, limitando-se às garantias institucionais propriamente ditas, consideradas, em princípio, como insuscetíveis de gerarem direito subjetivo individual. Trata-se, contudo, de uma possibilidade que esbarra em alguns óbices e que, portanto, deve ser encarada com reservas. Em primeiro lugar, é de questionar-se seriamente a respeito da existência de alguma garantia institucional que não possa, em hipótese alguma, gerar direito subjetivo individual ou mesmo de titularidade coletiva. De outra banda, poder-se-á perguntar se as garantias institucionais não poderiam, nesse contexto, ser reunidas num terceiro grande grupo de direitos fundamentais, ao lado de outras normas consagradoras de direitos fundamentais com sua eficácia restrita à dimensão objetiva. No que tange a este aspecto, seria preciso reconhecer uma classificação que, apesar de abranger todas as funções dos direitos fundamentais, tomaria como ponto de partida a distinção destes em dois grandes grupos, de acordo com sua condição de direito subjetivo ou exclusivamente jurídico-objetiva.

Não se deve esquecer, contudo, que as diferentes funções (ainda que nem sempre e não todas ao mesmo tempo) dos direitos fundamentais podem reunir-se na mesma norma que os consagra, sendo comum a própria convivência das perspectivas jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva. Embutir-se mais um critério de classificação nas propostas já referidas, calcadas – em nosso entender corretamente – no parâmetro das funções (seja na qualidade de direito subjetivo, seja como decorrência da perspectiva objetiva) exercidas pelos direitos fundamentais, poderia colocar em risco a necessária elasticidade e o próprio rigor lógico e sistemático da classificação.[515]

[514] Cf. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 88.

[515] Ao passo que nas formulações de Canotilho e de Pereira de Farias transparece a vinculação das respectivas propostas classificações às funções tipicamente desempenhadas por estes na ordem constitucional (Canotilho aborda o tema no capítulo sobre as funções dos direitos fundamentais, e Pereira de Farias refere-se expressamente ao modelo de Jellinek e à teoria das posições jurídicas fundamentais de Alexy), verifica que R. Alexy, por sua vez, deixa transparecer que sua classificação se encontra vinculada a uma concepção dos direitos fundamentais como direitos

Baseados no que até agora foi exposto, seja no que concerne à dupla perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, seja no que tange à sua multifuncionalidade e classificação, tentaremos formular não tanto uma proposta própria e original de classificação dos direitos fundamentais, quanto uma aproximação entre os modelos já referidos, bem como destes com o direito constitucional positivo pátrio, cujas especificidades deverão ser respeitadas e devidamente embutidas na classificação que iremos sugerir a título de posição pessoal sobre a matéria. Nesse contexto, cumpre salientar desde já, que, nada obstante a absoluta falta de harmonia com a sistematização (ou falta desta) levada a efeito pelo constituinte, não nos furtaremos a adentrar, ainda que sumariamente, os aspectos críticos que suscita a técnica de redação da nossa Lei Fundamental, inclusive no que diz com a impossibilidade de seguirmos até mesmo a terminologia (muitas vezes equivocada) utilizada pelo constituinte, pelo menos no que diz com a problemática da classificação dos direitos fundamentais. Todavia, é preciso frisar que tais considerações serão tecidas ao explicitarmos o nosso esquema classificatório e suas categorias específicas.

Torna-se necessária, por seu turno, a advertência de que as categorias referidas no texto da Constituição (direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais, direitos políticos etc.), fatalmente restarão deslocadas, na medida em que serão enquadradas sob outro critério. Apenas a título exemplificativo, verificar-se-á que no âmbito dos direitos sociais convivem simultaneamente direitos de defesa (liberdade e igualdade) e direitos prestacionais, razão pela qual, à luz do critério adotado, a expressão "direitos sociais" não se revela adequado para servir de epígrafe ao grupo dos direitos a prestações. Por outro lado, há que levar em conta a circunstância de que várias das normas definidoras de direitos fundamentais exercem simultaneamente duas ou mais funções, sendo, nesse sentido, inevitável alguma superposição. Nesse contexto, cumpre referir que a própria distinção entre as diversas funções dos direitos fundamentais nem sempre é clara e perfeitamente delimitada. É de destacar-se, ainda, que a inclusão dos direitos fundamentais em um ou outro grupo se baseia no critério da predominância do elemento defensivo ou prestacional, já que os direitos de defesa podem, por vezes, assumir uma dimensão prestacional, e vice-versa.[516] Além disso, temos plena consciência de que também aqui não temos condições de oferecer muito mais do que uma breve digressão em torno de algumas das facetas que suscita a problemática da classificação dos direitos fundamentais, além de uma proposta classificatória sujeita a críticas e desenvolvimentos da mais variada natureza.

subjetivos com sede na Constituição, no sentido de posições subjetivas individuais justiciáveis, distinguindo-os de normas meramente objetivas (*Theorie der Grundrechte*, p. 405). Também a defesa recentemente envidada por parte de D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 64 e ss. (especialmente p. 68 e ss.) não nos convence a abandonar a tese de que a distinção entre direitos de cunho negativo (defensivo) e positivo (prestacional), calcada no critério do objeto do direito subjetivo, é a mais adequada para uma classificação de todos os direitos fundamentais. O fato de termos aderido às críticas endereçadas à classificação de Jellinek não significa dizer que não se cuide de uma outra forma legítima de classificar os direitos fundamentais, baseada em critério próximo, embora distinto. Voltando ao exemplo dos direitos (assim também chamados) de participação política, já demonstramos que estes, na sua condição de direitos subjetivos, geram ou poderes negativos (não intervenção no direito de exercer o voto ou ser votado) quanto positivos, também sendo abrangidos pela classificação por nós advogada.

[516] Recentemente, também J. Schäfer, *Classificação dos Direitos Fundamentais*, p. 41-44, menciona o critério da preponderância, aderindo, além disso, ao entendimento advogado nesta obra, desde a sua primeira edição (1998) no sentido de que a classificação dos direitos em direitos positivos e negativos não é incompatível com a classificação dimensional, já que pode haver direitos negativos e positivos em todas as dimensões (gerações, para quem ainda assim prefere) dos direitos.

Com base em tudo o que foi exposto e afastando-nos de formulação anterior sobre este tema,[517] entendemos que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida as funções por eles exercidas, poderia partir, na esteira da proposta de Alexy, da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica).[518] O segundo grupo (dos direitos prestacionais), dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, o dos direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), salientando que a ambos se aplica a distinção entre os assim denominados direitos derivados e os direitos originários a prestações, que ainda será objeto de nossa atenção.[519]

Para facilitar a visualização, oferece-se o esquema que segue, salientando, ainda, que sua explicitação, de modo especial no que diz com o significado e conteúdo de cada categoria, bem como relativamente às questões suscitadas pela necessidade de harmonização com o direito constitucional pátrio, se dará no próximo item.

[517] Referimo-nos aqui à classificação por nós proposta na tese de doutoramento apresentada perante a Universidade de Munique, Alemanha, publicada pela Ed. Peter Lang, Frankfurt, sob o título *Die Problematik der Sozialen Grundrechte in der Brasilianischen Verfassung und im Deutschen Grundgesetz* (A Problemática dos Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Brasileira e na Lei Fundamental da Alemanha), na qual – em virtude do objetivo específico de oferecermos uma visão panorâmica sobre o conjunto dos direitos fundamentais – optamos por um modelo classificatório mais atrelado à sistemática do texto constitucional, e não rigorosamente baseado num critério funcional.

[518] Vale lembrar aqui que a despeito de sugerir, no nosso sentir questionável, uma distinção entre direitos de liberdade e direitos de justiça (como se o valor liberdade não constituísse também um referencial de justiça), também G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, p. 82, admite, na sua bela obra, uma dupla dimensão positiva e negativa dos direitos fundamentais. Ainda no que diz com outros critérios de classificação dos direitos fundamentais, colacionamos, dentre outras propostas formuladas por eminentes autores, a sugestão de Habermas, *Faktizität und Geltung...*, p. 155 e ss., que, partindo basicamente de um critério de fundamentação filosófica dos direitos, considera que o sistema de direitos fundamentais é composto pelos seguintes grupos de direitos, que asseguram à pessoa o seu *status* de cidadão: 1) Direitos fundamentais que decorrem do direito à maior medida possível de iguais direitos subjetivos de liberdade ("Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des *Rechts auf das gröstmögliche Mass gleicher subjektiven Handlungsfreiheiten ergeben*"); Tais direitos fundamentais, por sua vez, exigem como correlativos necessários: 2) Direitos que decorrem da condição de membro da livre associação de parceiros na comunidade jurídica ("Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung *des Status eines Mitgliedes* in einer freiwilligen Assoziation von Rechtsgenossen ergeben"); 3) Direitos que decorrem diretamente da possibilidade de exigir judicialmente direitos e a proteção individual por parte da ordem jurídica ("Grundrechte, die sich unmittelbar aus der *Einklagbarkeit* von Rechten und der politisch autonomen Ausgestaltung des individuellen *Rechtsschutzes* ergeben"); 4) Direitos à igual possibilidade de participação nos processos de formação de opinião e vontade, no âmbito dos quais os cidadãos exercem sua autonomia política ("Grundrechte auf die chancengleiche Teilnahme na Prozessen der Meinungs-und Willensbildung, worin Bürger ihre *politische Autonomie* ausüben und wodurch sie legitimes Recht setzen"); 5) Direitos à garantia das condições de vida, que devem ser de tal sorte asseguradas de modo social, técnico e ecológico, na medida em que isto se revela indispensável para uma paritária possibilidade de usufruir dos direitos elencados nos itens 1 a 4, nas condições e circunstâncias em que isto for respectivamente necessário ("Grundrechte auf die Gewährung von Lebensbedingungen, die in dem Masse sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie dies für eine chancengleiche Nutzung der (1) bis (4) genannten bürgerlichen Rechte unter gegebenen Verhältnissen jeweils notwendig ist"). Sublinhe-se, aqui, que efetuamos uma tradução livre e resumida da sistematização apresentada por Habermas, de tal sorte que a fizemos acompanhar, para fins de conferência, da íntegra do texto em alemão. De outra parte, cuida-se de classificação formulada a partir de critérios de justiça e fundamentação filosófica dos direitos, que, em princípio, não conflita necessariamente com a classificação por nós adotada, embasada em critérios de outra natureza.

[519] Nessa linha parece situar-se também a classificação recentemente adotada por G. F. Mendes, *in: Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 200 e ss.

- Direitos fundamentais como direitos de defesa
- Direitos fundamentais como direitos a prestações
  - Direitos a prestações em sentido amplo
    - Direitos à proteção
    - Direitos à participação na organização e procedimento
  - Direitos a prestações em sentido estrito

Antes, contudo, de avançar com o exame mais detido de cada uma das categorias integrantes da classificação adotada é preciso enfatizar (em verdade, relembrar o que já foi adiantado ao longo do capitulo), de modo a espancar eventuais incompreensões e dar adequada resposta aos críticos, que a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, ao contrário do que afirmam alguns, não se traduz e nem chancela uma espécie de dicotomia ou dualismo.[520] Em primeiro lugar, sempre se afirmou que todos os direitos fundamentais, que são regidos por um regime jurídico único e são igualmente fundamentais, possuem sempre uma dimensão negativa e positiva. Mas é preciso distinguir o direito fundamental como um todo, ou sem sentido amplo, que compreende sempre ambas as facetas (negativa e positiva), da posição subjetiva específica e de seu respectivo objeto, quando em causa a proteção do direito. Assim, embora o direito à saúde (assim como os direitos civis e políticos) tenha uma face positiva e negativa, tal direito, como em geral os direitos fundamentais tomados em sentido amplo (como bem refere Robert Alexy e já foi objeto de demonstração), ele se decompõe em um feixe de posições subjetivas, que, por sua vez, terão caráter (dependente de seu respectivo objeto em cada caso), negativo ou positivo. Reitere-se: a classificação proposta (em adesão a Robert Alexy), em nada afeta a estrutura das normas de direitos fundamentais na condição de princípios ou mesmo regras (já que dúplice a estrutura) nem infirma o regime jurídico unificado e a interdependência de todos os direitos fundamentais, mas apenas parte da distinção entre o objeto próprio de cada situação (ou posição) jurídica subjetiva na qual se decompõem os direitos fundamentais.

5.2.2.3. Sumária apresentação das diversas categorias de direitos fundamentais individualmente consideradas

5.2.2.3.1. Os direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa. De acordo com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade.[521] Esta concepção das funções dos direitos fundamentais – em que pese o reconhecimento de diversas outras no âmbito de sua dimensão subjetiva e objetiva – continua ocupando um lugar de destaque, transcorridos mais de duzentos anos de história dos direitos fundamentais. Como oportunamente averba Konrad Hesse, mesmo uma ordem constitucional democrática necessita de direitos de defesa, na medida em que também a democracia não deixa de ser exercício de poder dos homens sobre homens, encontrando-se exposta às tentações do abuso de poder, bem como pelo fato de que mesmo num Estado de Direito

[520] Cf. a importante crítica, entre outros, de J. Schäfer, *Classificação dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 69 e ss., bem como, mais recentemente, de W.C. Rothenburg, *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 63 e ss.

[521] Nesse sentido, dentre outros, *A. Bleckmann, Die Grundrechte*, p. 247.

os poderes públicos correm o risco de praticar injustiças.[522] Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.[523]

Com base no que até agora foi exposto, pode afirmar-se, portanto, que os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.[524] Na esteira destas considerações, importa consignar, que esta "função defensiva" dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão.[525]

A título de síntese e de acordo com a plástica formulação de Gomes Canotilho, "os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos."[526]

Independentemente de qualquer exame mais detalhado das diferentes posições jurídico-subjetivas e/ou objetivas que podem estar agregadas à função dos direitos fundamentais como direitos de defesa, há que tecer algumas considerações sobre quais os direitos fundamentais que efetivamente integram este grupo. Nesse sentido, inexiste maior controvérsia no que concerne a uma identificação dos direitos de defesa com os assim denominados direitos fundamentais da primeira dimensão, integrados pelos tradicionais direitos de liberdade e igualdade, consagrados nas primeiras declarações de direitos, ao lado dos direitos à vida e do direito de propriedade, todos recolhidos, no que diz com sua vertente filosófica, da doutrina do direito natural. Se, relativamente às liberdades fundamentais (exemplificativamente, de locomoção, de consciência, manifestação do pensamento, de imprensa, de associação, reunião etc.),

[522] Cf. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 131.

[523] V., por todos, C. Starck, *in*: von *Mangoldt-Klein*, p. 84, e, mais recentemente, *Jarass-Pieroth*, p. 18, Pieroth--Schlink, *Grundrechte*, p. 19, e M. Sachs, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 80. No direito luso-brasileiro, citem-se, por exemplo, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 552, e, por último, E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 84.

[524] Esta a lição de G. Manssen, *Staatsrecht I*, p. 13.

[525] Cf. H. Dreier, *in*: *JURA* 1994, p. 506, que, além disso, salienta que a ordem constitucional com isto não coloca os direitos fundamentais à disposição do legislador ordinário, na medida em que conta com instrumentos que garantem a sua (da Constituição) supremacia.

[526] Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 552.

inexiste, desde logo, qualquer dúvida no que concerne à sua função defensiva já sumariamente explicitada, tal não se revela com tanta naturalidade com relação ao direito (ou direitos) de igualdade. Sua inclusão nesse grupo, em que pese sua estrutura normativa diferenciada,[527] justifica-se na medida em que garantem a proteção de uma esfera de igualdade pessoal, no sentido de que o indivíduo, em princípio, não pode ser exposto a ingerências causadas por tratamento discriminatório (desigual), gerando, em consequência, um direito subjetivo de defesa contra toda e qualquer agressão ao princípio da igualdade.[528]

Ainda no que diz com as posições jurídicas fundamentais que integram os direitos de defesa, importa consignar que estes não se limitam às liberdades e igualdades (direito geral de liberdade e igualdade, bem como suas concretizações), abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos e – na medida em que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais – contra entidades particulares, de tal sorte que, em princípio, se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade (em todos os seus aspectos), assegurando, além disso, uma esfera de autodeterminação (autonomia) do indivíduo.[529] Percebe-se, portanto, que o espectro dos direitos de defesa é de uma amplitude ímpar, permitindo, inclusive, desenvolvimentos dos mais diversos.

Observa-se, nesse contexto, além da sobrevivência, nas declarações de direitos, dos clássicos direitos de defesa de matriz liberal-burguesa, a incorporação de uma quantidade significativa de novas manifestações destes direitos, sem que estes – no que tange à estrutura normativa e funções – possam ser substancialmente distinguidos do modelo clássico. Basta a referência, a título meramente exemplificativo, à liberdade de informática e às regulamentações na área da manipulação genética, transplante de órgãos etc. Igualmente no âmbito dos direitos de defesa pode ser enquadrada a maior parte dos direitos políticos, das garantias fundamentais e, inclusive, parte dos direitos sociais, alguns já contemplados nos primeiros catálogos. Sobre estes últimos três grupos de direitos, de modo especial sobre as especificidades do sistema constitucional pátrio na seara dos direitos de defesa, convém sejam tecidas algumas considerações de cunho mais individualizado. O mesmo impõe-se relativamente aos direitos individuais e coletivos, assim referidos pelo Constituinte de 1988, já que estes costumam ser identificados com os direitos de defesa (direitos clássicos de liberdade).

a) Os direitos individuais e coletivos do art. 5º da Constituição de 1988 no âmbito dos direitos de defesa.

Inicialmente, há que fazer ao menos uma breve referência ao significado dos assim denominados direitos individuais e coletivos – para utilizar a terminologia da nossa Lei Maior – e de seu enquadramento no *status negativus* e *libertatis* característico dos direitos de defesa. A distinção (ao menos aparente), traçada pelo Constituinte entre direitos (e garantias) individuais e coletivos representa uma novidade do direito constitucional vigente, de tal sorte que não encontramos referenciais no direito constitucional pretérito que possam elucidar a questão, a qual, além disso, igualmente não foi enfrentada por boa parte da doutrina. A relevância da distinção se manifesta não somente no que diz com aspectos procedimentais, ligados à efetivação dos direitos coletivos, mas pode assumir real importância dependendo da exegese que fizermos do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF, que, ao menos segundo a expressão literal do texto, exclui os direitos e garantias coletivos do rol das "cláusulas pétreas". Assim, são três os aspectos que aqui devem ser enfrentados, quais sejam: a) a distinção entre direitos e garantias individuais e coletivos propriamente ditos no direito constitucional pátrio; b) a identificação dos direitos que efetivamente podem ser qualificados de coletivos; e c) a relação de pertinência entre os direitos individuais e coletivos (contidos no rol do art. 5º da CF) e os direitos de defesa.

Como ponto de partida para a distinção entre direitos e garantias individuais e coletivos encontramos, na doutrina nacional, a lição de José Afonso da Silva, para quem os direitos individuais constituem "direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado",[530] ao passo que os direitos coletivos podem ser, segundo o mesmo autor, conceituados como "direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade", ressaltando, em outra passagem de sua obra, que boa parte dos direitos coletivos mencionados sob esta rubrica na Constituição (no rol do art. 5º) é, na verdade, "direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião e associação", ao passo que outros se encontram dispersos no texto constitucional.[531]

Com base na distinção traçada à luz do direito positivo, verifica-se, de plano, que o Constituinte não deixou transparecer uma definição precisa de direitos coletivos. Inicialmente, cumpre frisar (como reconhece José Afonso) que a grande maioria dos dispositivos elencados sob o rótulo de coletivos são, na verdade, direitos tipicamente individuais, ainda que de expressão coletiva, no sentido de que são exercidos, não isolada, mas coletivamente. A existência de direitos coletivos típicos e o que isto significa para o direito constitucional pátrio não ficou, porém, elucidado. Além disso, verifica-se que diversos dos direitos individuais de expressão coletiva (especialmente as liberdades de reunião e de associação) integram, na verdade, juntamente com os direitos individuais propriamente ditos (a rigor, ambos não passam de direitos individuais), os direitos fundamentais da primeira dimensão, no âmbito da tradição liberal.[532] Nesse contexto, cumpre referir a lição de Vieira de Andrade, que oportunamente apontou para a circunstância de que os assim denominados direitos coletivos não podem ser usufruídos pelo indivíduo isoladamente, na medida em que pressupõem uma atuação conjunta de mais de uma pessoa individual, continuando a ser,

[527] Sobre a estrutura jurídica dos direitos de liberdade e igualdade v. H.-U. Gallwas, *Grundrechte*, p. 28 e ss.

[528] Esta a lição, dentre outros, de M. Sachs, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 81.

[529] Nesse sentido, v. K. Stern, *in*: *HBStR V*, p. 70-1.

[530] Cf. J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 171.

[531] Cf. J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 163 e 174-5, onde relaciona diversos exemplos de direitos coletivos situados no capítulo dos direitos sociais (arts. 8º e 9º da CF), bem como no capítulo dos direitos políticos (art. 14, incs. I a III). No direito pátrio, esta definição para os direitos individuais foi também adotada, dentre outros, por M.L.Q. Soares, *in*: *RIL* nº 115 (1992), p. 96. Outra tentativa de distinção foi empreendida por J. Ribas Vieira, *in*: *RIL* nº 104 (1990), p. 275 e ss., que vinculou os direitos coletivos à crise do Estado social e aos movimentos sociais na área da defesa do meio ambiente e do consumidor. Este critério, contudo, em que pese a sua respeitabilidade, carece de maior precisão e apresenta dificuldades evidentes de adaptação ao direito constitucional positivo.

[532] Esta a lição de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 127, para quem estes direitos de expressão coletiva (direito de reunião e associação, direito de greve, liberdade de associação sindical e partidária) complementaram gradativamente o catálogo da Declaração de 1789 no decorrer do século XIX.

nesse sentido, direitos individuais, de tal sorte que a coletividade passa a ser apenas um instrumento para o exercício do respectivo direito "coletivo".[533]

Algo diferente ocorre, contudo, quando nos deparamos com os assim chamados direitos fundamentais da terceira dimensão (direitos de solidariedade ou fraternidade), os quais efetivamente tiveram sua titularidade, ao menos em princípio, outorgada à coletividade (ou entes coletivos), e não à pessoa individual, como demonstram os exemplos do direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo justamente esta titularidade coletiva que costuma ser utilizada como critério básico para estabelecer a distinção entre estes direitos e os das duas dimensões anteriores.[534] Na Constituição de 1988, estes direitos da terceira dimensão não foram contemplados diretamente no catálogo dos direitos fundamentais, podendo ser encontrados no preâmbulo (direito ao desenvolvimento), nos princípios fundamentais (autodeterminação dos povos e defesa da paz [art. 4º, incs. III e VI]). Já o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e qualidade de vida foi expressamente contemplado no capítulo da ordem social (art. 225), assumindo, de acordo com a formulação empregada pelo Constituinte, a feição de um "bem de uso comum do povo", podendo, nesse sentido, ser qualificado como autêntico direito coletivo, ainda que se possa controverter a respeito de seu caráter de direito fundamental.[535] Verifica-se, portanto, que no caso dos direitos da terceira dimensão a faceta coletiva assume características bem diversas das que se aplicam aos direitos individuais de expressão coletiva encontrados no catálogo de nossa Constituição.[536]

Uma primeira conclusão que resulta do até agora exposto vai no sentido de que – com exceção dos direitos que integram a assim denominada terceira dimensão – todos os direitos coletivos da Constituição não se distinguem, nem por sua titularidade, nem por sua função e estrutura jurídica, dos direitos individuais. De acordo com a tradição de nosso direito constitucional, os direitos individuais – desde a Constituição Imperial de 1824 – sempre foram considerados típicos direitos de liberdade, no sentido de direitos de defesa do indivíduo em relação ao Estado, ainda que na doutrina seja frequente a referência a uma fundamentação jusnaturalista destes direitos.[537] Nos seus

[533] Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 174, que, por sua vez, distingue os direitos individuais de expressão coletiva dos direitos fundamentais das pessoas coletivas.

[534] Nesse sentido, v. novamente C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 131. Registre-se neste contexto a contribuição de J. L. Bolzan de Morais, *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, especialmente, p. 123 e ss., destacando-se a sugestiva terminologia (transindividuais) aplicada aos direitos de solidariedade de natureza coletiva, muito embora se possa afirmar que nem todos os direitos (ou interesses) transindividuais sejam necessariamente fundamentais. Nessa linha situa-se, precisamente o entendimento de R. L. Torres, *in*: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 296-7.

[535] Neste contexto, ainda que se cuide de dispositivo localizado fora do catálogo, entendemos que se trata de um autêntico direito fundamental, o que encontra suporte na abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, da CF, bem como no reconhecimento do direito ao meio ambiente e à qualidade de vida nos tratados internacionais sobre direitos humanos. Sobre este tema, remetemos o leitor ao Capítulo IV, supra.

[536] Cumpre referir aqui as inúmeras questões suscitadas pelos direitos de terceira dimensão, tanto no que diz com a devida conceituação de sua natureza coletiva (aqui se enquadra a difundida expressão "direitos difusos"), quanto com os aspectos ligados à sua efetivação, questões que, em face do objeto do presente trabalho, não serão alvo de análise. Especificamente no que tange ao direito ao meio ambiente, já concretizado em nível legislativo, o leitor tem à disposição farta literatura onde pode aprofundar seu estudo sobre o tema. Ressalte-se que mesmo os direitos de terceira dimensão revelam uma faceta individual inequívoca, consoante já ressaltado oportunamente no capítulo sobre as diversas dimensões dos direitos fundamentais.

[537] Nesse sentido a lição de R. Barbosa, *Commentários, V*, p. 189, que aqui se arrima na obra de Pimenta Bueno, mais ilustre comentarista da Constituição de 1824.

comentários à Constituição de 1891, Ruy Barbosa já havia chamado a atenção para o fato de que todos os direitos individuais têm em comum sua característica limitadora do poder estatal, não impondo aos poderes públicos ações positivas.[538] Nessa mesma linha, Alcino Pinto Falcão conceituou os direitos individuais como sendo aqueles que garantem ao indivíduo uma esfera autônoma de liberdade perante o Estado.[539]

Sem adentrar o exame das inúmeras conceituações de direitos individuais, importa consignar que os direitos individuais e coletivos (para utilizar a terminologia da Constituição), tais como arrolados no art. 5º e em seus 77 incisos, correspondem, em princípio, aos clássicos direitos de liberdade,[540] exercendo primordialmente a função de direitos de defesa, ainda que tenham sido enriquecidos por novas liberdades e garantias. Para além disso, há que ter em mente que os direitos fundamentais situados fora do rol do art. 5º da CF, nem por isso deixam de ser também direitos individuais (ou individuais de expressão coletiva), mas, sim, que foram agrupados de forma diversa em virtude de seu conteúdo ou suas funções. Da mesma forma, verifica-se que no próprio catálogo do art. 5º da CF se encontram, além de uma absoluta maioria de direitos de defesa, direitos individuais com acentuada dimensão social (como o direito de propriedade),[541] e até direitos a prestações.[542] Por outro lado, grande parte dos direitos fundamentais sociais e políticos de nossa Constituição constitui, na verdade, típicos direitos de defesa, aspecto que ainda será objeto de nossa atenção neste item.

Em que pese a equiparação habitual por parte da doutrina nacional majoritária entre os direitos e garantias individuais e coletivos e os direitos de liberdade (direitos de defesa), que, aliás, transparece igualmente na sistemática adotada pela Constituição, não há como sustentar esta concepção, a menos que se façam as devidas ressalvas. Com efeito, constata-se que os direitos de liberdade, ainda que sejam direitos individuais, não se identificam (no sentido de não serem a mesma coisa) com estes. De mesma forma, é equivocada a concepção que identifica os direitos sociais com os direitos coletivos ou institucionais, na medida em que todos os direitos sociais são, acima de tudo, direitos outorgados à pessoa individual, sendo assim – da mesma forma que os direitos de liberdade – direitos de titularidade individual.[543] Na esfera dos direitos sociais, o indivíduo – ao contrário dos clássicos direitos de liberdade e

[538] Cf. R. Barbosa, *Commentários, V*, p. 190, baseado, por sua vez, nas lições do publicista francês Esmein. Nesse sentido, cf. também R. Russomano, *Curso de Direito Constitucional*, p. 205.

[539] Cf. A. P. Falcão, *Constituição Anotada*, vol. II, p. 47.

[540] Aqui cumpre citar a lição de P. Ferreira, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, vol. II, p. 13. Ainda que este renomado publicista tenha tecido seu comentário em relação à Constituição de 1967 (69), cuida-se de observação que mantém sua atualidade relativamente ao texto atual, como, aliás, já foi demonstrado. Mais recentemente, já sob a égide da Constituição de 1988, esta noção foi expressamente sustentada por J.R. de Lima Lopes, *in*: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 126, que concebeu os direitos e garantias do art. 5º como direitos essencialmente de liberdade.

[541] V. o art. 5º, incs. XXII a XXVI, da CF.

[542] Este é o caso do direito de acesso à Justiça (ou inafastabilidade do controle judicial), previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF.

[543] Nesse sentido, dentre tantos, a lição de J. Miranda, *in*: *CDCCP* nº 1 (1992), p. 201, bem como, entre nós, de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 127. Entre nós, cumpre referir o magistério de J.R. Lima Lopes, *in*: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 126 e ss., que qualificou os direitos sociais de direitos coletivos, argumentando tratar-se de direitos que têm por objeto ações (conduta positiva) do Estado e que, em princípio, não são suscetíveis de exigibilidade em Juízo pelos cidadãos individualmente considerados. Consideramos equivocado este ponto de vista, na medida em que o fato de um direito fundamental ser individual ou coletivo independe de ter como objeto uma abstenção ou um comportamento positivo por parte do destinatário, além de não estar vinculado à sua exigibilidade em Juízo como direito individual subjetivo.

igualdade – é concebido de acordo com a sua posição concreta na comunidade,[544] pelo que boa parte da doutrina se aproxima da noção francesa das liberdades concretas.[545] Percebe-se, desde logo, a inadequação da terminologia "direitos e garantias individuais e coletivos" utilizada pela Constituição de 1988, não apenas por o fato negligenciar a dimensão individual dos demais direitos fundamentais, mas também por ter gerado uma equivocada equiparação entre o conceito de direitos individuais e o de direitos de defesa (liberdade), independentemente da possibilidade de enquadrarmos a maior parte dos preceitos do art. 5° da CF nesse grupo.

b) Os direitos fundamentais sociais como direitos de defesa.

Especificamente no que concerne aos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, impõe-se aqui ao menos uma breve referência ao fato de que o conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito à saúde, educação, assistência social etc.), quanto uma gama diversa de direitos de defesa[546] Sem que se vá neste momento (ainda) adentrar os diversos aspectos que envolvem esta concepção, de modo especial no que diz com as diferenças entre os direitos sociais a prestações e os de defesa, há que apontar alguns exemplos. Assim, verifica-se que boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos arts. 7° a 11 de nossa Lei Suprema, são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas. É o caso, por exemplo, da limitação da jornada de trabalho (art. 7°, incs. XIII e XIV), do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7°, inc. XXVI), das normas relativas à prescrição (art. 7°, inc. XXIX), das proibições consignadas no art. 7°, incs. XXX a XXXIII, da igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso (art. 7°, inc. XXXIV), da liberdade de associação sindical (art. 8°),[547] bem como do direito de greve (art. 9°), apenas para ficarmos no

[544] Cf. Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, p. 148.

[545] A este respeito, v., dentre outros, R. M. Horta, *in*: *RIL* n° 79 (1983), p. 151, que expressamente adere à doutrina de G. Burdeau. O mesmo autor – em outra oportunidade – referiu-se também à evolução ocorrida na esfera dos direitos individuais, iniciando pelo clássico conceito da "liberdade-resistência", segundo o qual os direitos fundamentais servem para proteção do indivíduo das intervenções do Estado, até chegar à concepção da "liberdade-participação", inerente ao Estado social (*in*: *Estudos sobre a Constituição de 1967*, p. 140-1).

[546] Sobre o conceito de direitos sociais na Constituição de 1988, v. o nosso "Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988", *in*: I.W. Sarlet (Org), *Direito Público em Tempos de Crise*, p. 146 e ss., demonstrando que os direitos sociais, pelo menos no constitucionalismo pátrio, compõe um complexo amplo e multifacetado de posições jurídicas, de tal sorte que a denominação direitos sociais encontra sua razão de ser "na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e direitos socais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas" (ob. cit., p. 149) e sociais em geral, como poderíamos acrescentar. Assim, considerando os aspectos referidos, é possível conceituar os direitos sociais (negativos e positivos) – na esteira de Jorge Miranda, *in*: CDCCP n° 1 (1992), p. 201 – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade. Aproximando-se deste conceito, não obstante em outro contexto, encontramos a definição de A C. Wolkmer, *in*: RIL n° 122 (1994), p. 278 e ss., que vincula os direitos sociais com a necessidade de se assegurar as condições materiais mínimas para a sobrevivência e, para além disso, para a garantia de uma existência com dignidade, conceito este que, muito embora mais próximo da perspectiva prestacional, não necessariamente precisa ser tomado Nesse sentido estrito.

[547] Explorando com propriedade o direito (humano e fundamental) à liberdade sindical no direito constitucional brasileiro, v., entre outros, a recente contribuição de G. Stürmer, *A Liberdade Sindical*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

âmbito das hipóteses mais evidentes. Em que pese a denominação de direito social (cuja pertinência não se pretende aqui colocar em dúvida), o fato é que estes dispositivos – de acordo com o critério da função desempenhada – contém típicos direitos de defesa, situando-se, de acordo com abalizada doutrina, no âmbito das assim denominadas liberdades sociais (direitos sociais negativos),[548] tomando-se a expressão em sentido amplo, já que evidentemente (ao menos no que diz com o rol dos direitos sociais na nossa Constituição) não restrita a direitos típicos de liberdade.

Da mesma forma, enquadram-se na noção de direitos sociais negativos (de cunho defensivo) os direitos subjetivos de caráter negativo (defensivo) que correspondem também à dimensão prestacional dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais a prestações. Nesse sentido, é possível afirmar que assim como os direitos negativos possuem uma repercussão prestacional, também os direitos a prestações possuem uma dimensão negativa, representada, como já frisado, por poderes (direitos) subjetivos negativos. Como teremos a oportunidade de explicitar melhor no capítulo relativo à eficácia dos direitos a prestações, estes sempre geram (além de direitos de cunho positivo) direito subjetivo negativo de impugnação de atos que lhes sejam ofensivos, como bem dá conta o exemplo do direito social à moradia, quando se afasta a penhora do imóvel que serve de moradia em demandas executivas ou em outras situações que aqui não vem ao caso apontar. O próprio reconhecimento de um princípio de proibição do retrocesso, igualmente desenvolvido mais adiante, já constitui por si só uma demonstração inequívoca da dimensão negativa também dos direitos fundamentais sociais.

c) Os direitos de defesa e os direitos fundamentais da nacionalidade e da cidadania.

Outra referência obrigatória é a que afeta os direitos políticos, aqui considerados em sentido amplo. De acordo com a concepção de Jellinek, cuida-se de posições jurídicas fundamentais caracterizadoras do *status activus* (ou *status activae civitatis*), tendo sido também entre nós denominados recentemente de direitos de participação.[549] Ressalvada a dimensão prestacional que podem ter estes direitos fundamentais, verifica-se, contudo, que boa parte deles exerce função peculiar aos direitos de defesa, podendo ser enquadrada nessa categoria. Sobre esta problemática, bem como a respeito do conteúdo e significado dos direitos políticos na Constituição de 1988, é que iremos tecer algumas considerações.

Nesse contexto, entendemos apropriada uma abordagem conjunta de todos os direitos fundamentais elencados nos Capítulos III, IV e V de nossa Carta Magna, que poderiam ser agrupados – ao menos para este fim – sob a denominação de direitos da cidadania. Isto se justifica em face da estreita conexão entre os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13 da CF), os direitos políticos (arts. 14 a 16 da CF) e as normas sobre os partidos políticos (art. 17 da CF), que ainda será objeto de maior explicitação. Diferentemente dos direitos individuais e coletivos, reconhecidos a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, os direitos de cidadania têm sua titularidade

[548] Dentre os autores que sustentam a existência de direitos sociais negativos, vale referir, dentre outros, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, p. 53 e ss.

[549] Cf., entre outros, a recente posição de E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 92.

atribuída a um específico grupo de pessoas, formado pelos nacionais e cidadãos.[550] Ainda no que podemos considerar a fase preliminar destas considerações, vale lembrar, para efeitos de uma comparação, que o Constituinte de 1988 adotou também nessa seara uma sistemática que em muito se distingue da de outras ordens constitucionais. Nesse sentido, a Constituição da República portuguesa de 1976 abrigou as normas sobre a nacionalidade (art. 4º da CRP), bem como as regras gerais sobre o direito de sufrágio (art. 10/1 da CRP), além das funções dos partidos políticos (art. 10/2 da CRP), no título dos princípios fundamentais da Constituição. Os direitos políticos fundamentais (entre outros, a liberdade de filiação político-partidária prevista no art. 51 da CRP) foram, por sua vez, positivados no título dos direitos, liberdades e garantias.

De acordo com o nosso direito constitucional positivo, os direitos da nacionalidade (art. 12 da CF) regulam basicamente os pressupostos que o indivíduo deve preencher para alcançar a nacionalidade brasileira, seja em virtude do nascimento, seja em virtude de naturalização, de tal sorte que a aquisição da nacionalidade, na condição de posição jurídica fundamental, não pode ser considerada como sendo direito de todos, mas apenas dos que atendem aos requisitos constitucionais. De outra parte, apenas os detentores da nacionalidade brasileira podem ser titulares de direitos políticos fundamentais, respeitadas as diversas condições e pressupostos previstos na Constituição. Nesse sentido, é possível afirmar que a titularidade dos direitos políticos é reservada aos nacionais. Além disso, o direito de nacionalidade expressa a união entre a pessoa individual e um Estado, de modo que a nacionalidade pode ser definida como o vínculo jurídico e político que une um indivíduo a determinado Estado, tornando-o membro da comunidade política.[551] No direito brasileiro, evidencia-se, portanto, a clara distinção entre a nacionalidade (vínculo jurídico entre pessoa e Estado) e a cidadania (possibilidade de ser titular de direitos políticos).[552] Assim, em que pese sua frequente utilização como sinônimas, as noções de nacionalidade e cidadania não se confundem, já que, de regra, é preciso ser nacional para gozar de direitos políticos, mas nem todo nacional é titular de direitos políticos.[553] Os direitos políticos são, neste sentido, de abrangência mais restrita que os de nacionalidade.[554]

No que concerne ao conteúdo dos direitos de cidadania, é interessante observar que, na Constituição portuguesa, nos direitos, liberdades e garantias de participação política também foram incluídos o direito de acesso aos cargos públicos (art. 50), a liberdade de associação (art. 51/3), o direito de petição (art. 52/1 e 2) e a ação popular (art. 52/3). Na Constituição pátria, por outro lado, estes direitos fundamentais, com exceção do acesso aos cargos públicos (art. 37, inc. I), foram contemplados no capí-

[550] Nesse sentido, não obstante em outro contexto, v. J.L.Q. de Magalhães, *in*: *RIL* nº 99 (1988), p. 141.

[551] Nesse sentido, dentre outros, a lição de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 135.

[552] Este o entendimento de J.A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 279. Em sentido semelhante, M.G. Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 99, que concebe a nacionalidade como um *status* que identifica um indivíduo com determinado Estado e cujo conteúdo apenas pode ser aferido em face do estrangeiro (não nacional), ao passo que a cidadania representa um *status* que vincula uma parte dos nacionais com o sistema político. Assim também a posição de C.R. Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p. 237.

[553] Apenas para exemplificar, na Constituição vigente a pessoa que tiver completado 16 anos é titular do direito de voto, mas não se lhe aplica o correspondente dever (art. 14, § 1º, inc. II, alínea *c*). Da mesma forma, existem restrições aos direitos políticos passivos, já que nem todos podem concorrer a todos os cargos sem que se observem as peculiaridades (regras relativas às elegibilidades). Além disso, verifica-se a possibilidade da cassação dos direitos políticos.

[554] Cf. J.A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 300.

tulo dos direitos individuais e coletivos.[555] Isso demonstra que no nosso direito constitucional os direitos políticos se restringem, em princípio, à participação dos cidadãos no exercício da soberania popular, por meio da democracia representativa e, excepcionalmente, direta. A vantagem desta sistemática reside na circunstância de que a liberdade de associação e o direito de petição são, entre nós, considerados direitos de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, independentemente da capacidade de ser titular de direitos políticos. Além disso, verifica-se que o Constituinte de 1988 incluiu no título dos direitos fundamentais um capítulo sobre os partidos políticos. Este, pela sua íntima relação com a participação do cidadão na vida política e formação da vontade nacional, deve ser enquadrado no âmbito do *status civitatis* (direitos da cidadania em sentido amplo). Dentre outros aspectos, o art. 17 da CF garante não apenas a livre criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, quanto sua autonomia, abrangendo – e isto importa fique aqui consignado – também a liberdade de associação partidária, ainda que não expressamente referida.[556]

Na medida em que os direitos políticos são considerados como direitos de participação (no sentido de uma posição ativa do indivíduo) na atividade estatal e na condução do interesse público, costumam – como já frisado alhures – ser enquadrados no *status civitatis* de Jellinek ou mesmo no âmbito das liberdades-participação dos franceses.[557] Nesse sentido também a lição de Pontes de Miranda, para quem os direitos políticos são direitos à participação na formação da vontade estatal e direitos ao exercício de funções públicas.[558] Mais recentemente, de acordo com lição recolhida de Vieira de Andrade, sustentou-se, entre nós (diga-se de passagem, acertadamente), a natureza mista dos direitos políticos que, na condição de direitos de participação dos cidadãos na vida política, possuem natureza mista de direitos de defesa e direitos a prestações.[559] No direito positivo pátrio, além dos direitos políticos convencionais (direito de voto, de concorrer a cargos eletivos etc.), encontramos exemplo de direito prestacional típico, já que – de acordo com o que dispõe o art. 17, § 3º, da CF – aos partidos políticos é assegurado o acesso a recursos do fundo partidário e ao uso gratuito dos meios de comunicação (rádio e televisão).

[555] O direito de acesso aos cargos públicos (art. 37, inc. I, da CF), em que pese ter sido positivado no capítulo da administração pública, pode ser considerado típico direito fundamental fora do catálogo, com base na abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, da nossa Lei Fundamental, de acordo com o que foi examinado no capítulo anterior.

[556] Esta a lição de J.A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 347. Cumpre ressaltar, no que tange à liberdade de filiação partidária, que esta também poderia ser tida como implicitamente contida na liberdade de associação (art. 5º, inc. XVII, da CF), na medida em que a única ressalva feita é a que veda a associação para fins paramilitares.

[557] Nesse sentido a lição de J. Miranda, *Manual IV*, p. 86-7. No que concerne ao enquadramento sistemático dos direitos políticos, esta também é a posição de J.C. de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, p. 425.

[558] Cf. Pontes de Miranda, *Comentários IV*, p. 662.

[559] Cf. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 92. Para J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 192-4, a liberdade de exercer o direito de voto, que inclui o direito de exigir a abstenção de interferências indevidas (dimensão defensiva), abrange também a faculdade de exigir a atuação positiva do Estado, seja para garantir a proteção do livre exercício dos direitos políticos contra terceiros (direitos de proteção), seja para o fornecimento dos recursos materiais para tanto, tais como as listas de votação, os boletins de voto, a organização das mesas etc. (direitos a prestações materiais). Mais recentemente, a classificação adotada por Vieira de Andrade e Pereira de Farias foi também acolhida, entre nós, por C. A . Mello, *Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito*, *in*: RDA 224 (2001), p. 242 e ss., em instigante ensaio sobre o tema dos direitos sociais. No sentido da natureza mista de direitos negativos e de participação, v. também C. Starck, *in*: *von Mangoldt-Klein*, p. 85-6, embora este autor não atribua à dimensão positiva caráter prestacional típico.

Reconhecendo-se, portanto, a dimensão prestacional que os direitos do *status civitatis* podem apresentar, importa que nos posicionemos sobre seu enquadramento na classificação proposta. Já sustentamos, nesse contexto, que não se justifica, s.m.j., a abertura de uma categoria distinta, tal como, entre nós, procedeu Pereira de Farias, arrimado na classificação de matriz jellinekiana sugerida por Vieira de Andrade.[560] O próprio Vieira de Andrade, contudo, acabou optando por classificação vinculada ao sistema constitucional positivo lusitano, qual seja, a traçada entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, em virtude da diversidade dos regimes jurídicos a que se encontram sujeitos estes dois grupos de direitos fundamentais na Constituição portuguesa,[561] mas que – como já visto – não se harmoniza em hipótese alguma com a sistemática da nossa Carta Magna.

Entendemos, consoante já referido, que os direitos políticos do *status civitatis* (aqui considerados no sentido amplo por nós atribuído) devem ser enquadrados ou no grupo funcional dos direitos de defesa ou, como expressamente sugeriu Alexy, no âmbito dos direitos prestacionais, mais especificamente entre os direitos à participação na organização e procedimento. Parece-nos, contudo, que a posição adotada por Hesse é a que mais harmoniza com a função preponderante exercida pelos direitos políticos.[562] Nesse sentido, também a oportuna referência de Klaus Stern, para quem os direitos (liberdades) políticos não podem ser desvinculados dos direitos pessoais de liberdade, constituindo, juntamente com estes, uma espécie de *status* global da liberdade (*Gesamtfreiheitstatus*), o que se manifesta por meio da íntima vinculação entre os direitos políticos e as liberdades de reunião, associação, informação, de imprensa e comunicação em geral, igualmente fundamentais para a ordem democrática.[563]

A utilização do critério da função preponderante (no caso a de direitos de defesa) justifica-se também pelo fato de que a dimensão prestacional dos direitos políticos, com exceção do disposto no art. 17, § 3º, da CF, assume caráter apenas indireto. Não se deve esquecer, nesse contexto, que a existência de deveres de proteção do Estado (assim como eventuais direitos subjetivos correspondentes) se inclui na esfera da proteção jurídica reforçada representada pela dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais em geral, não se restringindo aos direitos políticos. De qualquer modo, o enquadramento dos direitos políticos nos direitos de defesa não exclui, por óbvio, que os seus desdobramentos de natureza prestacional sejam reportados a esta categoria, o que deverá ser objeto de consideração no próximo item. Em última análise, verifica-se que o *status activus* de Jellinek pode – para efeitos de uma classificação sob o ângulo funcional – ser absorvido tanto pelo *status negativus* e *libertatis*, quanto pelo *status positivus*, ressaltando-se a nossa opção pelo enquadramento no grupo dos direitos de defesa, atentando-se para o critério da predominância desta função.

d) As garantias fundamentais na Constituição de 1988 (os direitos-garantia e as garantias institucionais).

Por derradeiro, importa que nos posicionemos relativamente à figura das garantias fundamentais, uma vez que a Constituição de 1988 expressamente a estas se

[560] Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 192.
[561] Cf., novamente, J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 193 e ss.
[562] Para K. Hesse, *Grundzüge*, p. 131.
[563] Cf. K. Stern, *in*: *HBStR V*, p. 73-4.

refere, seja na epígrafe do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), seja em outras partes de seu texto. Qual o perfil destas garantias fundamentais e qual a sua posição no âmbito da classificação proposta é a questão que nos ocupará nas próximas linhas.

Que as garantias fundamentais não se confundem com as garantias da Constituição já foi objeto de reconhecimento pela doutrina há algum tempo, embora não se tenha tratado de matéria incontroversa, na medida em que a utilização imprecisa da terminologia "garantias constitucionais" tenha gerado uma série de equívocos.[564] Por outro lado, não há como negar que as garantias da Constituição também podem ser consideradas, em sentido amplo, garantias dos direitos fundamentais.[565] Para além destes aspectos, verifica-se que a distinção traçada entre os direitos e as garantias fundamentais pertence à tradição do direito constitucional luso-brasileiro.[566] Nesse contexto, a doutrina ainda hoje busca inspiração na obra de Ruy Barbosa, para quem – em comentário dirigido à Constituição de 1891 – é possível distinguir as disposições constitucionais meramente declaratórias, que positivam os direitos e a estes reconhecem existência legal, das de natureza assecuratórias, que protegem os direitos e limitam o poder, ressaltando, ainda, que ambas podem estar contidas no mesmo dispositivo constitucional.[567] Nesse sentido, as garantias – de acordo com a formulação de Ruy – podem ser consideradas como as formalidades que cercam os direitos com a finalidade de protegê-los contra os abusos do poder.[568] Sob a égide da Constituição de 1988, esta lição continua encontrando ampla receptividade no seio da doutrina.[569]

De acordo com o que foi exposto, verifica-se que na doutrina constitucional pátria as garantias apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos,[570] além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais.[571] Nesse contexto (muito embora com algumas notas específicas) situa-se a doutrina de Ferrajoli, advogando a existência de uma diferença entre os direitos fundamentais como direitos subjetivos (de cunho negativo ou positivo) e as garantias que lhes são correspondentes, sejam estas o conjunto de obrigações (positivas ou negativas) correlativas aos direitos (garantias primárias) ou mesmo os deveres de aplicar as sanções

[564] Esta já era a opinião de A. P. Falcão, *Constituição Anotada*, vol. II, p. 10 e ss. Mais recentemente, v. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 488.
[565] Nesse sentido o entendimento de J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 354, que, neste contexto, considera o princípio da separação dos poderes, a existência de um Judiciário independente e os limites à reforma constitucional como garantias constitucionais gerais dos direitos fundamentais.
[566] V., dentre outros, P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 482. Relativamente à Constituição de Portugal, v. J. Miranda, *Manual IV*, p. 88 e ss.
[567] Cf. R. Barbosa, *Commentários V*, p. 181.
[568] Novamente cf. R. Barbosa, *Commentários V*, p. 178.
[569] Assim, por exemplo, J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 165. Também P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 483 e ss., com a ressalva de que a lição de Ruy Barbosa corresponde ao liberalismo individualista clássico, devendo, portanto, ser devidamente contextualizada.
[570] É o que se depreende da lição de J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 169. Também J. Miranda, *Manual IV*, p. 88-9, explicitando a distinção entre direitos e garantias, é da opinião de que os direitos representam por si mesmos certos bens, ao passo que as garantias se destinam a assegurar a fruição destes bens, sendo, portanto, de natureza acessória.
[571] Esta a oportuna lembrança de P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 489.

incidentes no caso de violação dos direitos (garantias secundárias).[572] O fato é que a diferença entre direitos e garantias (sem que aqui se vá analisar as diversas matizes da questão e os diversos conceitos propostos) foi também incorporada ao direito constitucional positivo, como demonstra inequivocamente a já referida epígrafe do Título II de nossa Carta (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), revelando, de outra banda, além da existência de direitos fundamentais e garantias fundamentais, que ambas as categorias possuem, em princípio, a mesma dignidade jurídico-constitucional.[573]

O que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes.[574] É nesse sentido que também se fala de direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas.[575] Não é, portanto, muitas vezes fácil identificar se estamos diante de um direito fundamental autônomo ou perante uma garantia, na medida em que diversas as situações em que ambos os elementos estão contidos na mesma norma definidora de direito fundamental.[576] É por isso que, entre nós, corretamente se apontou para a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nessa se encontra subentendido.[577]

É interessante observar que a maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos (art. 5º da CF) se enquadra na categoria dos direitos-garantia, ou seja, das garantias fundamentais, que, além de sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo. Além disso, a maioria destes direitos-garantia encontra-se vinculada ao direito penal, processo penal e direito processual em geral. Entre estas, destacam-se também os assim denominados "remédios constitucionais", procedimentos de matriz constitucional (e, nesse sentido, ações constitucionais), que outorgam ao indivíduo, inclusive na condição de integrante de uma coletividade, a possibilidade de se defender de ingerências indevidas em sua esfera privada, protegendo-se contra abusos de poder, agressões aos seus direitos, além de viabilizar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais em geral.[578]

Por outro lado, diversos destes direitos-garantia podem ser reportados ao *status activus processualis* de Peter Häberle, integrando a categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, o que se aplica principalmente às garantias de cunho processual.[579] Nesse contexto, impõe-se uma referência à dimensão prestacional de diversos direitos-garantia, que, por este motivo, poderiam enquadrar-se na categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, integrando os direitos a prestações em sentido amplo, de acordo com a classificação proposta. Para tanto, basta aqui referir a garantia da inafastabilidade do controle judiciário, consagrada no art. 5º, inc. XXXV, da CF, assegurando ao cidadão o acesso à prestação jurisdicional do Estado. No que tange a este aspecto, contudo, remetemos o leitor ao próximo item (direitos a prestações).

Ao lado de uma grande maioria de direitos-garantia, caracterizados pela sua função dúplice como direitos subjetivos e sua natureza instrumental, encontramos no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição também algumas garantias institucionais típicas. Estas – de acordo com a tradição da publicística latino-americana – costumam ser enquadradas no âmbito das garantias em geral, não tendo encontrado, ao menos no direito pátrio, um tratamento autônomo e sistemático.[580] Também no direito luso-brasileiro, as garantias institucionais podem ser definidas, de forma ampla, como "a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza".[581] Convém notar, a exemplo do que bem esclarece Maria D'Oliveira Martins, que tal concepção de garantias institucionais corresponde a uma compreensão abrangente, que abarca tanto as garantias constitucionais de instituições de direito público - que, segundo a autora e a doutrina dominante, constituem as garantias institucionais em sentido estrito - quanto às garantias constitucionais de institutos de direito privado (propriedade, família etc.) de tal sorte que a expressão *garantias institucionais*, nessa perspectiva mais ampla, corresponde ao termo alemão *Einrichtungsgarantien*, que, por sua vez, abrange, nesse mesmo sentido, as assim chamadas *Institutionelle Garantien e Institutsgarantien*.[582] Esta concepção radica principalmente nas formulações originais dos juristas da época de Weimar, como Friedrich Giese, Martin Wolff, e, principalmente, Carl Schmitt, tendo como elemento comum o reconhecimento da necessidade de resguardar o núcleo essencial de determinadas instituições jurídicas (públicas ou privadas) da ação erosiva do legislador e até mesmo de uma eventual supressão por parte deste e dos demais poderes públicos, revelando que a função primordial das garantias institucionais é a de preservar a permanência da instituição no que diz com os seus traços essenciais, em outras palavras, naquilo que compõe sua identidade.[583]

[572] Cf. L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías...*, p. 59 e ss. Em sentido similar, v. os desenvolvimentos de M. Carbonell, *Los Derechos Fundamentales en México*, p. 6 e ss.

[573] Importa consignar, neste contexto, que as garantias individuais (e não apenas os direitos) foram igualmente acolhidas no rol das assim denominadas "cláusulas pétreas" de nossa Constituição (art. 60, § 4º, inc. IV).

[574] Cf., entre nós, J.A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 169. Assim também a lição de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 532.

[575] Nesse sentido, v. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 171 e ss. Assim também J. Miranda, *Manual IV*, p. 90-1, para quem em diversas garantias parece ocorrer um desdobramento do direito fundamental em dois elementos diversos, o direito propriamente dito e, como elemento secundário, a garantia.

[576] Esta a lição de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 173, e, semelhantemente, de J. Miranda, *Manual IV*, p. 90.

[577] Cf. J.A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 355, baseado na lição de Ruy Barbosa.

[578] Sobre a função destas garantias processuais e ações constitucionais, v., dentre outros, J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 381. Assim também M.G. Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 270-1, e J.C. de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, p. 425.

[579] A este respeito, v. J. Miranda, *Manual IV*, p. 91, e, entre nós, G.F. Mendes, *in*: *CDTFP* nº 3 (1993), p. 29.

[580] Esta a lição de P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 492, que, no direito brasileiro, foi quem abordou com maior amplitude e profundidade a problemática das garantias institucionais, à luz da doutrina germânica, desde a época de Weimar.

[581] Cf. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 492.

[582] Cf. M. D'Oliveira Martins, *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 14-15. No âmbito da doutrina alemã, v., por último e em especial, M. Kloepfer, "Einrichtungsgarantien", *in*: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Vol. II, Heidelberg: C. F. Müller, 2006, p. 921 e ss.

[583] Assim também P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 494 e ss., arrimado na lição de Klaus Stern. Cumpre referir que o Prof. Bonavides apresenta minuciosa resenha histórica do desenvolvimento da concepção das garantias institucionais no âmbito da publicística germânica. em língua portuguesa, v., por último, a monografia específica de M. D'Oliveira Martins, *Contributo para a Compreensão da Figura das Garantias Institucionais*, p. 17 e ss.

Importa salientar, outrossim, que os direitos fundamentais – na condição de garantias institucionais – em que pese não exercerem a função de uma garantia absoluta do *status quo*,[584] protegem o núcleo essencial de determinados institutos jurídico-privados (garantias de instituto) e jurídico-públicos (garantias institucionais), no sentido de que seu objeto constitui um complexo de normas jurídicas.[585] Assim, se tomarmos, por exemplo, a garantia da família (ou entidade familiar), consagrada no art. 226 de nossa Lei Fundamental, constataremos que não é qualquer família que vem a gozar da proteção constitucional, mas, sim, determinada concepção de família, tal como formatada mediante um complexo de normas jurídicas de ordem pública e privada, de tal sorte que a permanência da instituição família é preservada, na verdade, por intermédio da proteção das normas essenciais que lhe dão sua configuração jurídica.[586]

Como exemplos de autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição, podem ser referidas a garantia da propriedade (art. 5°, inc. XXII),[587] do direito de herança (art. 5°, inc. XXX), da instituição do Tribunal do Júri (art. 5°, inc. XXXVIII), da língua nacional portuguesa (art. 13), dos partidos políticos e de sua autonomia (art. 17, *caput*, e § 1°). Também fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantia de um sistema da seguridade social (art. 194), da família (art. 226), bem como da autonomia das universidades (art. 207), apenas para mencionarmos alguns dos exemplos mais típicos, os quais, além disso, podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em se atentando para a abertura material propiciada pelo art. 5°, § 2°, da nossa Lei Fundamental.

No que concerne às garantias institucionais (inclusive os exemplos referidos), cumpre salientar que, apesar da advertência feita na doutrina luso-brasileira sobre a necessidade de não se confundirem os direitos fundamentais e as garantias institucionais,[588] esta distinção, como oportunamente adverte Paulo Bonavides, não deve ser interpretada como absoluta.[589] Com efeito, registra-se certo consenso na doutrina no que diz com a circunstância peculiar das garantias institucionais, no sentido de não outorgarem ao indivíduo direitos subjetivos autônomos, em que pese a existência de

[584] Esta a advertência de G. Manssen, *Staatsrecht I*, p. 13.

[585] Cf. a posição de A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 298 e ss., arrimado na doutrina de C. Schmitt, posteriormente desenvolvida para admitir também garantias institucionais contidas em direitos de liberdade.

[586] De acordo com o que leciona G. Manssen, *Staatsrecht I*, p. 12-3, a proteção da instituição família pressupõe – a exemplo de outras garantias institucionais – a existência de um correspondente feixe de normas infraconstitucionais (direito civil), que, em seu conjunto, formam a essência da instituição e devem ser preservadas, de tal sorte que o legislador pode desenvolver e adaptar a instituição, mas jamais esvaziá-la.

[587] Com relação à propriedade, em que pese ter sido esta precisamente o ponto de partida para o desenvolvimento da doutrina das garantias institucionais (já que tradicionalmente considerada como sendo uma garantia de instituto), cumpre referir a posição crítica de F. Rey Martínez, *La propiedad privada e n la constitución española*, p. 220 e ss., que, em monumental estudo, contesta a condição de garantia institucional (de instituto) da propriedade privada, tanto pelo fato de considerar tal categoria (a das garantias institucionais) inadequada para o direito constitucional hispânico – circunstância já apontada em nota anterior – quanto por ter demonstrado que a propriedade assume a condição de autêntico direito de defesa (sem prejuízo de sua dimensão prestacional, como bem aponta o autor em outra passagem de sua brilhante obra) suficiente a lhe assegurar a devida proteção pela ordem jurídico-constitucional.

[588] Nesse sentido a lição de Pontes de Miranda, *Comentários IV*, p. 629-30. Assim também J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 533-4, que chama a atenção para o fato de que as instituições possuem um conteúdo e objeto diverso dos direitos atribuídos aos cidadãos como indivíduos, o que justifica valendo-se dos exemplos da proteção da família e da imprensa livre, que, na medida em que resguardadas na sua dimensão de instituições sociais objetivas, apenas indiretamente se destinam à proteção de direitos individuais.

[589] Cf. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 498.

algumas exceções, de modo especial nos casos em que as garantias institucionais se encontram intimamente vinculadas à garantia dos direitos fundamentais, como bem demonstra a liberdade de imprensa, que – a exemplo de outros direitos fundamentais com uma dimensão institucional – protege tanto a instituição da imprensa livre, quanto fundamenta direito individual subjetivo para resguardar a fruição desta liberdade fundamental.[590] Atualmente, portanto, reconhece-se a existência tanto de garantias institucionais de natureza jurídico-objetiva, quanto a convivência, no mesmo preceito constitucional, de direitos subjetivos e garantias institucionais.[591]

Não é, portanto, sem razão que Jorge Miranda apontou para o fato de que, nada obstante os direitos fundamentais se reportarem sempre à pessoa humana, certos bens jurídicos desta somente podem ter sua existência assegurada no âmbito ou por intermédio de instituições, dotadas de maior ou menor autonomia frente aos indivíduos que as constituem.[592] Na doutrina alemã – em que pese sua posição crítica relativamente às garantias institucionais –, Dürig já havia considerado que estas apenas existem em função dos direitos subjetivos que a elas subjazem, e não diretamente em função da instituição considerada em si mesma.[593]

No que concerne à importância das garantias institucionais, há autores – mesmo na Alemanha – que lhes têm outorgado relevância secundária na qualidade de mecanismos direcionados à proteção dos direitos fundamentais na sua dimensão subjetiva, de modo especial em face do relevante papel exercido pela garantia da preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais contra restrições pelo legislador ordinário, expressamente positivada, por exemplo, nas Constituições da Alemanha

[590] Esta a lição de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 534. No direito brasileiro, v., principalmente, P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 499-500. No que concerne à possibilidade das garantias institucionais típicas de gerarem direito subjetivo individual autônomo, poderia controverter-se, por exemplo, em torno da garantia da instituição do Júri (art. 5°, inc. XXXVIII, da CF). Se o cidadão pode exigir o julgamento pelo Tribunal do Júri nos delitos previstos na Constituição (crimes dolosos contra a vida) e qualquer exclusão destes pela lei traz consigo a chaga da inconstitucionalidade, poder-se-ia cogitar de um direito subjetivo do cidadão de optar em ser, ou não, julgado pelo Júri? Com efeito, o simples fato de que o cidadão não possui o direito de optar em ser, ou não, julgado pelos seus pares revela que é à instituição do Tribunal do Júri que o Constituinte outorgou maior relevância. A garantia da instituição do Júri representa, portanto, para o cidadão, mais propriamente um dever fundamental de ser julgado pelo Júri ou, pelo menos, a exemplo do direito de voto, um direito-dever. Apenas em se considerando a garantia do Júri como autêntico direito fundamental (na qualidade de direito subjetivo típico), e não garantia institucional, poder-se-ia cogitar da possibilidade de um direito a não ser julgado pelo Júri, além de uma garantia de ser julgado por seus pares se assim o quiser o cidadão. Sem adentrarmos aqui com mais vagar o exame desta problemática, entendemos que a questão merece maior atenção da doutrina, de modo especial em face dos desdobramentos que suscita. Para além disso, observa-se que se trata de problema no qual transparece a distinção deste tipo de garantia dos demais direitos fundamentais (e garantias), já que ao indivíduo é reservada, em regra, tanto a liberdade negativa quanto a positiva (de não se valer da liberdade que lhe é outorgada e de não sofrer interferências em sua esfera de liberdade pessoal, isto é, de não atuar ou atuar sem ingerências). Muito embora, como já frisado, o tema esteja a reclamar maior dedicação, é de se registrar o surgimento de publicações que, a despeito de não versarem especificamente sobre as garantias institucionais, destacaram – no nosso sentir de modo procedente – que o Ministério Público (na condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado [art. 127, da CF 88] e com as prerrogativas que lhe foram conferidas pelo sistema constitucional vigente) constitui autêntica garantia institucional fundamental e, por esta razão, encontra-se protegido inclusive contra eventual supressão ou esvaziamento de suas garantias e atribuições por parte do poder de reforma constitucional. Nesse sentido, o estudo de Eduardo Ritt, *O Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional*, p. 173 e ss. e, mais recentemente, a obra de Luciano Feldens, *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco. Por uma relegitimação da atuação do Ministério Público – uma investigação à luz dos valores constitucionais*, p. 242 e ss.

[591] Cf. , por todos, Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 22, que se vale do exemplo do direito de propriedade, que, além de proteger a propriedade como tal, consagra o direito de adquirir, fruir e transmitir a propriedade.

[592] Cf. J. Miranda, *Manual IV*, p. 74.

[593] Cf. G. Dürig, *in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 1, III, p. 46-7.

(art. 19, inc. II), de Portugal (art. 18/3) e da Espanha (art. 53.1), bem como pela inclusão dos direitos fundamentais nas cláusulas pétreas da Constituição.[594] Para além disso, há quem vislumbre, na tendência de se resguardarem certos privilégios institucionais e de se assegurar o respectivo *status quo* por meio dos direitos fundamentais, o risco de uma relativização gradativa da proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.[595] No direito espanhol, sustenta-se, inclusive, a irrelevância prática da doutrina das garantias institucionais, já que as funções por estas desempenhadas podem, com vantagens, ser deduzidas da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.[596]

De tudo que até agora foi exposto e fazendo-se a devida vinculação com o direito constitucional positivo pátrio, verifica-se que, entre nós, as garantias institucionais (pelo menos, no sentido de uma dimensão institucional dos direitos fundamentais, conexa com a sua função defensiva) foram consagradas pelo Constituinte, bastando aqui apenas relembrar os exemplos já citados. Na configuração que lhes foi outorgada em nossa Constituição, as garantias institucionais podem ser consideradas espécies do gênero das garantias fundamentais, que, na sua maioria, assumem o caráter de direitos-garantia. Além disso, importa ressaltar que as garantias institucionais podem ser, ou não, fundamentais, na medida em que são diversas as normas constitucionais que assumem a feição de garantia de certas instituições e que não se encontram revestidas pelo manto da fundamentalidade.[597] As garantias fundamentais, por sua vez, não possuem regime jurídico distinto dos direitos fundamentais propriamente ditos, gozando, portanto, da mesma dignidade em nossa ordem constitucional, a exemplo do que Jorge Miranda já havia consignado relativamente ao direito lusitano.[598] Levando-se em conta que na Constituição de 1988 se perdeu a oportunidade ímpar de reconhecer expressamente uma garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais contra sua erosão pelo legislador ordinário (inobstante sua inovadora e salutar inclusão no rol das "cláusulas pétreas"), a importância das garantias institucionais (fundamentais) reside na constatação de que, para além de outorgarem, ou não, ao indivíduo um direito subjetivo (o que, por sua vez, depende de análise à luz do caso concreto do dispositivo em questão), sua identidade e permanência se encontram, de qualquer modo, resguardadas contra o legislador infraconstitucional.

No que diz com a posição assumida pelas garantias institucionais no âmbito da proposta classificatória apresentada, cremos que devam colocar-se ao lado dos direitos-garantia, enquadrando-se no contexto dos direitos de defesa, e não entre os direitos a prestações, como recentemente sugerido entre nós.[599] Na verdade, a função precípua das garantias institucionais (desconsiderada aqui sua eventual função como

[594] Na Alemanha assume relevo, neste contexto, a posição de G. Dürig, *in*: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 1, III, p. 47, que, de resto, deixa transparecer sua preocupação com uma institucionalização dos direitos fundamentais.

[595] Esta a advertência de I. von Münch, *in*: *von Münch/Kunig I*, p. 35. Diversa parece ser a posição de K. Stern, *in*: *HBStR* V, p. 76.

[596] Nesse sentido a observação crítica de A. Gallego Anabidarte, *Derechos Fundamentales y Garantias Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, p. 92 e ss. No âmbito da doutrina espanhola, importa destacar, ainda, as precisas e preciosas observações de F.Rey Martínez, *La propiedad privada e n la constitución española*, p. 220 e ss., ao tecer bem fundamentada crítica à teoria das garantias institucionais, notadamente lembrando a sua inadequação ao direito constitucional hispânico.

[597] Aqui podem ser enquadradas todas as garantias institucionais fora do catálogo e que, por seu conteúdo e importância, não se podem equiparar aos direitos e garantias fundamentais do catálogo.

[598] V., Nesse sentido, J. Miranda, *Manual IV*, p. 70.

[599] De acordo com a proposta classificatória de E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 88-9, as garantias institucionais devem enquadrar-se na categoria dos direitos a prestações jurídicas. O autor, contudo, inobstante tenha situa-

direito subjetivo, que, como visto, pode coexistir) é a de reforçar a proteção de determinadas instituições contra a ação erosiva do legislador, o que ressalta sua dimensão ao menos preponderantemente defensiva, isto é, destinada a bloquear ingerências dos poderes públicos.[600] Assim, desde que se atente para as devidas distinções entre estas e as demais garantias fundamentais (direitos-garantia propriamente ditos), de modo especial para a circunstância de as garantias institucionais por vezes não outorgarem aos particulares posições jurídico-subjetivas autônomas, é possível situar ambas as espécies de garantias lado a lado, juntamente com os direitos de liberdade e igualdade, bem como as demais posições fundamentais do *status negativus* e *libertatis* já referidas.

Por derradeiro, para espancar eventuais dúvidas, é preciso enfatizar que a opção pela inclusão das garantias institucionais no âmbito dos direitos de defesa não afasta uma dimensão prestacional de tais garantias, o que se deve, em especial, à sua conexão (assim como ocorre no campo dos direitos a prestações propriamente ditos) com a figura das garantias de organização e procedimento, ou seja, a circunstância de que além das garantias institucionais estarem a serviço da tutela de determinados direitos fundamentais, elas também exigem, em muitos casos, a criação de estruturas organizacionais e procedimentais a assegurarem a viabilidade e funcionalidade das instituições e institutos assegurados.[601] De qualquer modo, como, em regra, os direitos fundamentais apresentam uma dupla função defensiva e prestacional (ainda que muito variável) isto não impede que, levando em conta sempre o critério da função preponderante, as garantias institucionais fiquem melhor acomodadas junto aos direitos de defesa.

5.2.2.3.2. Os direitos fundamentais como direitos a prestações

a) Considerações preliminares.

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-de-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.[602] Assim, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek,

do corretamente a conceituação e o significado geral das garantias institucionais, não esclarece de forma convincente os motivos de sua posição no esquema de classificação adotado.

[600] Esta função defensiva das garantias institucionais foi, dentre outros, oportunamente ressaltada por K. Stern, *in*: *HBStR V*, p. 76-7, que, além disso, aponta para a circunstância de que as garantias institucionais objetivam a proteção dos direitos subjetivos, de tal sorte que o conteúdo objetivo convive com a perspectiva subjetiva.

[601] Cf. a oportuna referência de I. Villaverde Menéndez, "Objeto y contenido de los derechos fundamentales", *in*: *Teoría General de los Derechos Fundamentales...*, p. 116-117.

[602] Cf., dentre tantos, Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 19, e W. Krebs, *in*: *JURA 1988*, p. 624, este último recepcionado por G.F. Mendes, *in*: *CDTFP* nº 3 (1993), p. 28.

implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).[603]

Os direitos fundamentais a prestações enquadram-se, como já visto, no âmbito dos direitos da segunda dimensão, correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra. No constitucionalismo pátrio, em que pese uma tímida previsão de direitos a prestações sociais na Constituição de 1824,[604] foi a Carta de 1934, inspirada, principalmente, nas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), que inaugurou a fase do constitucionalismo social no Brasil, passando a integrar os direitos fundamentais da segunda dimensão ao nosso direito constitucional positivo.[605]

Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, verifica-se que, mesmo em outras partes do texto constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais), se encontra uma variada gama de direitos a prestações. Nesse contexto, limitando-nos, aqui, aos direitos fundamentais, basta uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3°, da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5°, incs. XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita).

Sem que se vá aqui inventariar todos os possíveis exemplos, importa, todavia, consignar que embora em geral os direitos a prestações tenham sido identificados com os direitos sociais a prestações fáticas, correntemente reportados à segunda dimensão dos direitos fundamentais, já no âmbito do Estado de matriz liberal-burguesa a noção de direitos de cunho positivo se fazia presente de algum modo, visto que os direitos a prestações, como hoje é do domínio comum e será logo a seguir desenvolvido, não se identificam, em toda extensão, com os direitos sociais. Com efeito, o direito à proteção judiciária e à segurança, pelo menos em relação aos direitos como tais reconhecidos pelas constituições liberais, pode ser reconduzido às funções do Estado de Direito, pois abrange todos os direitos e não apenas os direitos sociais. Pelo contrário, é precisamente em relação aos direitos sociais que até hoje se discute a respeito da sua condição de autênticos direitos subjetivos, o que igualmente será objeto de atenção mais adiante.

[603] Nesse sentido, v., por exemplo, C. Starck, *in*: *von Mangoldt-Klein*, p. 86. Entre nós, v. a lição de R. D. Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 129 e ss., baseada principalmente na doutrina de R. Alexy. Mais recentemente, v. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 86 e ss., arrimado nos ensinamentos de Gomes Canotilho, Vieira de Andrade e Alexy.

[604] No rol dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1824 encontram-se a garantia dos socorros públicos (art. 179, inc. XXXI) e a do ensino primário gratuito (art. 179, inc. XXXII), revelando uma certa preocupação com o social em plena fase do constitucionalismo liberal-burguês.

[605] Cf., dentre outros, P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 331 e ss. O mesmo autor, *in*: *40 Jahre GG*, p. 279 e ss., em estudo publicado em coletânea comemorativa dos 40 anos da Lei Fundamental da Alemanha, propôs que a evolução constitucional brasileira fosse dividida em três fases: a) o constitucionalismo monárquico (1822-1889), de inspiração marcadamente francesa e inglesa; b) o constitucionalismo da Primeira República (1891-1930), caracterizado pela adoção do modelo federal e presidencialista americano; e c) o constitucionalismo social (desde 1934), que sofreu forte influência da Constituição de Weimar e, embora em menor escala, da Lei Fundamental de Bonn (1949).

Na doutrina, de modo especial na de matriz germânica, utilizam-se também, talvez até com maior frequência, as expressões "direitos de participação" ou "direitos de quota-parte" (*Teilhaberechte*), como sinônimas do termo "direitos a prestações" (*Leistungsrechte*). Cuida-se de ponto de vista que merece ser encarado com a devida reserva e que, além disso, deve ser aqui sumariamente abordado, para que nos posicionemos com clareza sobre qual o sentido que imprimimos ao termo "direitos a prestações", o qual, desde já, pode ser considerado como a nossa opção terminológica. Inicialmente, há quem aponte (não sem razão) para a maior amplitude da noção de direitos de participação, que, para além de abranger os direitos de acesso e utilização de prestações estatais propriamente ditas (os *Leistungsrechte* dos alemães), incluiria também os direitos de participação na organização e procedimento, no âmbito dos quais se situam os direitos de participação na formação da vontade estatal, habitualmente denominados de direitos políticos. Nesse sentido, importa reconhecer que é possível falar de participação em processos decisórios e procedimentos, que não envolvem diretamente o fornecimento de prestações ou nos quais a dimensão prestacional propriamente dita assume, na melhor das hipóteses, significação secundária.[606] De outra banda, sustenta-se que o termo "prestação" (*Leistung*) representa mais propriamente o conteúdo (objeto) da pretensão, ao passo que o termo "participação", também no sentido de ter parte em algo (*Teilhabe*), se refere à forma de realização desta pretensão, revelando de forma mais apropriada as facetas peculiares dos direitos prestacionais que os distinguem dos direitos de liberdade.[607]

Com base nessa apontada distinção entre a noção mais ampla de direitos de participação (*Teilhaberechte*) e a mais restrita de direitos a prestações (*Leistungsrechte*), chegou a ser formulada interessante e original proposta de classificação dos direitos fundamentais, igualmente inspirada na teoria de Jellinek e que, além do grupo representado pelos direitos de defesa (*status negativus* e *status libertatis*), seria formada pelo grupo dos direitos de participação ou quota-parte (*Teilhaberechte*) em sentido amplo. Estes, por sua vez, abrangeriam os direitos do *status civitatis* (formados especialmente pelos direitos políticos), bem como os direitos a prestações em sentido amplo (direitos do *status positivus*), igualmente divididos em dois grupos distintos, quais sejam, o dos direitos do *status positivus libertatis*, integrado pelos direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento, e o dos direitos do *status positivus socialis*, representado pelos direitos a prestações ou direitos de participação em sentido estrito, composto pelos direitos a prestações materiais (fáticas) sociais.[608] Em que pese a plasticidade desta formulação, de modo especial no que diz com a solução adotada relativamente ao enquadramento do *status civitatis* (*status activus*), entendemos, todavia, que ela não resolveu o problema já referido, no sentido de que a necessária releitura do *status activus* de Jellinek (para nele integrar um *status activus processualis*) ensejou, na verdade, uma subdivisão manifestada pelo reconhecimento (ao lado dos clássicos direitos políticos) de autênticos direitos prestacionais nessa seara, além de não levar em consideração a tendencial aproximação dos direitos políticos (naquilo em que não constituem direito a prestação típico) com os direitos de defesa.

[606] Esta a oportuna referência de D. Murswiek, *in*: *HBStR V*, p. 246-7.

[607] Nesse sentido, v. também D. Murswiek, *in*: *HBStR V*, p. 247.

[608] Cf. o esquema proposto por D. Murswiek, *in*: *HBStR V*, p. 248.

Independentemente do modelo adotado de classificação dos direitos do *status positivus*, há que ter como certo o fato de que necessariamente devem ser considerados em sentido amplo, na medida em que não se restringem – como já demonstrado – aos direitos sociais, considerados estes na sua dimensão prestacional. De acordo com a opção classificatória por nós efetuada, convencionamos adotar a terminologia mais habitual, inclusive entre nós, de direitos a prestações. Nesse contexto, o que importa efetivamente é levar-se em conta a circunstância de que também os direitos a prestações abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas, que podem variar quanto ao seu objeto, seu destinatário e mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação.

Assim, sob a rubrica genérica de direitos a prestações, podem distinguir-se grupos específicos de posições jurídicas fundamentais. Nesse sentido, uma primeira e importante classificação distingue os direitos prestacionais conforme o seu objeto, dividindo-os em direitos a prestações jurídicas (ou normativas) e direitos a prestações fáticas (ou materiais).[609] De outra parte, há que atentar para o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), englobando também a categoria dos direitos de proteção, no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado, bem como os direitos à participação na organização e no procedimento. Assim, distingue-se entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e participação na organização e procedimento), que, de certa forma, podem ser reportados primordialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do *status negativus*, e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), vinculados prioritariamente às funções do Estado social,[610] distinção esta que se revela de importância fundamental não apenas no que concerne ao enquadramento sistemático dos direitos a prestações no contexto global dos direitos fundamentais, mas também na diversidade de sequelas que se manifestam no que diz com a sua força jurídica e que ainda serão objeto de nossa análise.

Outra importante classificação dos direitos a prestações é a que distingue os direitos derivados dos direitos originários a prestações. Cuida-se de classificação de relevância prática e que, além disso, vem sendo tomada em sentidos diversos no seio da doutrina.[611] Sob a rubrica de direitos derivados a prestações compreendem-se, de acordo com a formulação de Gomes Canotilho, tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes públicos, quanto o direito de igual participação nas prestações que estas instituições dispensam à comunidade, de modo que os direitos derivados a prestações podem ser considerados, nesse sentido, como direitos dos cidadãos a participação igual nas prestações estaduais

[609] Este o entendimento, entre nós, de E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 87, baseado no ensinamento do mestre lusitano Vieira de Andrade.

[610] A distinção entre direitos a prestações em sentido amplo e restrito foi objeto de paradigmática formulação por R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 395 e ss., encontrando crescente receptividade na doutrina.

[611] Entre nós, explorando tal distinção, v., por último, J. F. Ledur, *Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92 e ss.

na medida das capacidades existentes.[612] Já sob outro ponto de vista, os direitos derivados a prestações podem ser definidos como posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações, mas, sim, da concretização destas pelo legislador ordinário.

No que concerne aos assim denominados direitos originários a prestações, estes podem ser definidos como os direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado, em outras palavras, de direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram.[613] No âmbito da doutrina luso-brasileira, cumpre referir a formulação de Gomes Canotilho, para quem pode afirmar-se a existência de direitos originários a prestações quando, "(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos".[614]

A distinção entre direitos derivados e originários a prestações, em que pese sua particular relevância para a problemática da eficácia dos direitos sociais (de cunho prestacional), não é incompatível com a classificação dos direitos do *status positivus* em direitos prestacionais em sentido amplo e restrito, aplicando-se a ambas.[615] Nesse sentido, tanto pode haver direitos derivados a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e organização e procedimento), quanto em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), valendo o mesmo para os direitos originários a prestações. Da mesma forma, não se constata incompatibilidade entre esta distinção e a existência de direitos a prestações jurídicas e de natureza fática, de tal sorte que se cuida de critérios complementares de classificação dos direitos a prestações.

Desvinculando-nos um pouco das distinções traçadas e da problemática terminológica, verificamos que os direitos a prestações de modo geral (em sentido amplo e restrito) se encontram a serviço de uma concepção globalizante e complexa do ser humano e de sua posição no e perante o Estado, que justamente parte do pressuposto de que a proteção da igualdade e da liberdade apenas faz sentido quando não limitada a uma dimensão meramente jurídico-formal, mas, sim, enquanto concebida como igualdade de oportunidades e liberdade real de exercício da autonomia individual e de efetiva possibilidade de participação na formação da vontade estatal e nos recursos colocados à disposição da comunidade. Com base nessa concepção abrangente de direitos a prestações e tomando como diretriz a classificação proposta, passaremos a efetuar breve apresentação de cada categoria em particular que os integra, iniciando pelo que se convencionou denominar de direitos a prestações em sentido amplo, para

[612] Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 553, que, por sua vez, busca inspiração na doutrina de matriz germânica, na qual a distinção entre direitos derivados e originários a prestações costuma ser reconduzida ao conhecido ensaio de W. Martens, sobre o tema "Direitos Fundamentais no Estado Prestacional" (*Grundrechte im Leistungsstaat*), *in*: *VVDStRL 30* (1972), p. 21, para quem os direitos derivados a prestações são também deduzidos dos direitos fundamentais, sendo, contudo, dependentes, no seu conteúdo e amplitude, de uma atuação estatal prévia no sentido de sua implementação.

[613] Nesse sentido, v. H. von Heinegg/U. Haltern, *in: JA 1995*, p. 337. Assim também W. Krebs, *in: JURA 1988*, p. 626 e K. Hesse, *in: EuGRZ 1985*, p. 433.

[614] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 554.

[615] Esta a advertência de D. Murswiek, *in*: *HBStR V*, p. 247-8.

que, num segundo momento, possamos ocupar-nos do grupo específico dos direitos a prestações sociais (direitos a prestações em sentido estrito).

b) Os direitos a prestações em sentido amplo:

1 – Considerações introdutórias.

De início, cumpre salientar que, sob a rubrica dos direitos a prestações *lato sensu*, estamos considerando todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não se enquadram na categoria dos direitos de defesa.[616] Por outro lado, o próprio fato de existir uma categoria denominada de direitos prestacionais em sentido amplo pressupõe, por sua vez, como já referido, o reconhecimento de uma subdivisão interna neste grupo, que tem por consequência a existência de direitos a prestações em sentido estrito, que, na acepção de Alexy, constituem os direitos fundamentais a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares, os quais identifica com os direitos sociais.[617] Em que pesem as dificuldades que podem decorrer da linha divisória por vezes não muito clara entre ambos os grupos, importa que fique consignado serem ambos igualmente passíveis de recondução ao *status positivus* de Georg Jellinek, na medida em que caracterizados pela dimensão prestacional (no sentido de implicarem uma atuação positiva do destinatário), que lhes é peculiar e que os distingue dos direitos de defesa.

Saliente-se, ainda, que a distinção entre direitos a prestações em sentido amplo e restrito ainda encontra fundamento no argumento (que oportunamente será retomado) de que, enquanto os direitos a prestações em sentido estrito podem ser reportados à atuação dos poderes públicos como expressão do Estado Social (no sentido da criação, fornecimento, mas também da distribuição de prestações materiais já existentes), os direitos a prestações em sentido amplo (que englobam os direitos de proteção e de participação na organização e procedimento) dizem respeito às funções do Estado de Direito de matriz liberal, dirigido principalmente à proteção da liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva,[618] razão pela qual já houve quem os tenha (corretamente, diga-se de passagem) enquadrado num *status positivus libertatis*.[619] De outra parte, impõe-se a referência ao fato de que, sob a rubrica dos direitos a prestações em sentido amplo, considerando-se excluídos os direitos em sentido estrito (direitos a pres-

[616] Tomamos como parâmetro o conceito amplo de direitos fundamentais a prestações tal como proposto por R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 402 e ss., que parte do ponto de vista de que o direito a prestação pode ser concebido como a exata contrapartida do conceito de direito de defesa, na condição de direito a toda e qualquer atitude de abstenção do Estado. Nesse sentido, os direitos a prestações englobam toda e qualquer posição jurídica dirigida a um comportamento ativo (ação) por parte do Estado. Alexy justifica a amplitude de sua concepção com base em dois argumentos principais. De acordo com o primeiro, é necessário ter em mente que a rubrica *direitos* a prestações compreende uma série complexa de posições jurídicas, que podem ter como objeto tanto prestações fáticas, quanto normativas, que, por sua vez, apresentam relevantes diferenças estruturais entre si, tornando necessário um enquadramento sistemático e suficientemente completo. Como segundo argumento, Alexy aponta para a circunstância de que os direitos a prestações em geral apresentam problemas comuns que não se aplicam (ao menos não com a mesma intensidade) aos direitos de defesa, de modo especial no que concerne ao fato de os direitos a prestações imporem ao Estado tarefas e fins a implementar, com relação aos quais surge o problema (peculiar aos direitos prestacionais) da possibilidade de gerarem um direito subjetivo para o indivíduo.

[617] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 454.

[618] Nesse sentido, v. H. von Heinegg/U. Haltern, *in: JA 1995*, p. 336.

[619] Cf. D. Murswick, *in*: *HBStR V*, p. 248 e ss.

tações fáticas), se enquadram fundamentalmente os direitos a prestações normativas por parte do Estado, que podem incluir tanto direitos a proteção mediante a emissão de normas jurídico-penais, quanto o estabelecimento de normas de organização e procedimento.[620] Verifica-se, portanto, que a definição de direitos a prestações em sentido amplo possui natureza residual, abrangendo todas as posições fundamentais prestacionais não fáticas, ao menos não enquanto estas puderem ser reconduzidas às funções típicas do Estado na condição de Estado social. Tal argumentação, por certo, não afasta a consciência a respeito da íntima interpenetração entre direitos de defesa e direitos a prestações (assim como entre os direitos a prestações em sentido amplo e restrito) – o que, de resto, tem sido alvo de importantes críticas ao modelo de classificação proposto por Alexy e aqui em termos gerais reproduzido[621] –, bem assim em torno de sua igual dignidade como direitos fundamentais, mas auxilia a compreensão das distinções que podem ser traçadas entre as diferentes categorias, de acordo com a classificação adotada.

2 – Direitos à proteção

Tomando como base a formulação de Alexy, os direitos à proteção podem ser sumariamente conceituados como posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais.[622] O reconhecimento de direitos à proteção pode ser reconduzido aos desenvolvimentos decorrentes da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Nesse contexto, impõe-se que relembremos aqui a aceitação da ideia de que ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar – inclusive em caráter preventivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.

Quanto ao objeto dos direitos à proteção, é preciso levar em conta que estes não se restringem à proteção da vida e da integridade física, alcançando tudo que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana em geral, a liberdade, a propriedade, incluindo até mesmo a proteção contra os riscos da utilização pacífica da energia atômica, de tal sorte que os direitos (e correlatos deveres) de proteção abrangem a proteção em relação aos riscos de lesão a direitos e bens constitucionalmente tutelados, tudo a evidenciar a conexão dos deveres de proteção com os deveres de precaução e prevenção. Nesse contexto, todavia, da proteção (que inclui a prevenção) contra os riscos e/ou perigos de lesão a direitos

[620] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 403.

[621] Dentre as críticas, despontam vozes que – neste ponto com alguma razão – questionam não apenas a relevância prática da distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações, mas com particular ênfase, criticam a distinção interna entre direitos a prestações em sentido amplo e estrito, visto que tal distinção seria eminentemente artificial e redutora da complexidade e evidente conexão entre as diversas categorias de direitos a prestações, ainda mais no que diz com a distinção entre direitos à proteção e direitos à organização e procedimento. Nesse sentido, precisamente as ponderações de G. Doménech Pascual, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 69 e ss., que, portanto, prefere adotar um conceito amplo de direitos fundamentais à proteção, substancialmente equivalente à noção de direitos a prestações considerada em seu conjunto.

[622] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 410.

e bens jurídico-fundamentais (com destaque para a dignidade e vida humanas, abarcando a saúde e o meio ambiente) os deveres de proteção. Todavia, quando em causa a proteção (que inclui a prevenção) contra os riscos e/ou perigos de lesão a direitos e bens jurídico-fundamentais (com destaque para a dignidade e vida humanas, abarcando a saúde e o meio ambiente) os deveres de proteção, em virtude da insegurança (e mesmo desconhecimento) técnico e científico, notadamente no que diz com as suas consequências concretas em sede de controle das ações ou omissões estatais e de quais as medidas exigíveis do Estado e dos particulares, exigem uma metódica diferenciada e integrada, que demanda prestações fáticas e normativas e que leve em conta as diferentes funções dos direitos fundamentais.[623] Da mesma forma, são múltiplos os modos de realização desta proteção, que pode se dar, como já referido, por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos.[624]

Do exposto, verifica-se que particularmente problemática é a determinação do objeto dos direitos (deveres) à proteção, visto que abrangem um conjunto de possibilidades em termos de deveres de ação (de conteúdo positivo, portanto) por parte dos órgãos estatais. Com efeito, recolhendo aqui a lição de Gomes Canotilho, se é relativamente fácil, em termos dogmáticos, acompanhar a tendência doutrinária dominante, que identifica nos deveres de proteção, em primeira linha, normas definidoras de um fim estatal (a proteção de direitos fundamentais), que corresponde, em termos estruturais, ao modelo dos princípios, exigindo tudo o que for necessário para a proteção do bem assegurado como fundamental pela Constituição, o problema central reside em determinar o âmbito de proteção normativo no que diz respeito aos deveres de ação (de proteção) exigidos pela Constituição em termos definitivos. Nessa perspectiva, sintetizando as principais alternativas apresentadas pela doutrina, o mesmo Gomes Canotilho, aponta para a existência de três dimensões distintas, que, de acordo com suas peculiaridades, não se confundem, embora sejam todas reportadas à noção de deveres de proteção em sentido amplo, quais sejam: a) o dever de proteção como tarefa cometida ao Estado; b) o dever de proteção como dever de atuação; c) o dever de proteção como dever de legislação;[625] Que tais deveres "especiais" vinculam de modo diferenciado os diversos órgãos estatais (o dever de legislação é, à evidência, um dever típico dos órgãos legislativos) resulta evidente e reflete tanto na esfera dos efeitos jurídicos vinculados à dimensão objetiva, quando no conteúdo e eficácia das posições subjetivas, que integram, no seu conjunto, um direito geral à proteção dos direitos fundamentais por meio do Estado.

Por outro lado, importa consignar que um dever de proteção por parte dos poderes públicos, de acordo com o entendimento dominante na doutrina, apenas pode

[623] Nesse sentido, v. P. A. Ayala, *Devido Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente*, op. cit., p. 246, com arrimo nas lições de Gabriel Domenech Pascual e Antonio E. Pérez-Luño.

[624] Cf., novamente, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 410. Inobstante já tenha sido anunciada em decisões anteriores, a problemática do reconhecimento de deveres de proteção por parte do Estado foi objeto de formulação mais exaustiva na paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre a descriminação do aborto (Abtreibungsurteil: *BVerfGE* 39,1), na qual, com base no direito à vida (art. 2, inc. II, da Lei Fundamental), foi deduzida uma obrigação do Estado no sentido de proteger a vida humana em geral, incluindo a vida em formação, independentemente da possibilidade de o nascituro ser ele próprio titular de direitos fundamentais, revelando, neste contexto, o desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Nesse sentido, cf. K. Stern, *in: HBStR V*, p. 80.

[625] Cf., com precisão e maior desenvolvimento, J. J. Gomes Canotilho, "Omissões normativas e deveres de protecção", op. cit., p. 113 e ss.

ser reconhecido quando a ameaça aos direitos fundamentais for irreparável ou quando a evolução por ela deflagrada se revelar como incontrolável.[626] Por outro lado, este dever de proteção, de acordo com a oportuna formulação do Tribunal Federal Constitucional alemão, recepcionada pela doutrina, é diretamente proporcional à posição ocupada pelo bem fundamental a ser protegido no âmbito da ordem constitucional de valores.[627] Ademais, torna-se necessário averiguar, no caso concreto, se de fato existe um direito fundamental merecedor da proteção e se efetiva a ameaça, bem como, em sendo afirmativa a resposta, se o Estado vem cumprindo, ou não, de forma suficiente, com sua obrigação.[628]

A partir do exposto, verifica-se como sendo correta a afirmação de Luciano Feldens, no sentido de que um dever de proteção não resulta de modo inexorável e incondicional diante de qualquer tipo de obstáculo que aparentemente possa afetar o exercício de algum direito fundamental, existindo, portanto, "margens diversas de concretização desse dever", nem sempre resultando – como já destacado – na exigência de uma atuação do legislador, visto que, por vezes, a tutela do direito fundamental será exercida pela intervenção do administrador ou da autoridade judicial.[629] De outra parte, precisamente pelo fato de que a efetiva incidência de um dever de proteção juridicamente exigível está sujeita a um conjunto de condições, em parte já referidas, colaciona-se aqui a lição de Claus-Wilhelm Canaris, que identifica três critérios que legitimam jurídico-constitucionalmente o reconhecimento de deveres de proteção: a) a aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental, visto que um imperativo de tutela apenas incide se o correspondente direito fundamental for aplicável na sua hipótese normativa, em outras palavras, é preciso averiguar se a eventual ofensa (lesão, ameaça de lesão ou, em situações especiais, até mesmo o risco de uma lesão) ao direito fundamental efetivamente afeta de forma efetiva ou potencial o seu âmbito de proteção; b) a necessidade de proteção, ou seja, a existência de razões que exijam a intervenção estatal com vistas à proteção de algum direito fundamental afetado (efetiva ou potencialmente) no seu âmbito de proteção, o que se verifica, em geral (mas não necessariamente) quando se trata da proteção contra uma intervenção ilícita na esfera de proteção do direito e quando se cuida de ameaças relevantes a bens fundamentais. Ainda no contexto deste requisito, há que atentar para a efetiva dependência da proteção por parte do Estado, sem prejuízo da necessidade de se restringir a possibilidade de autodefesa dos particulares a hipóteses excepcionais; c) o funcionamento conjunto, de modo dinâmico, dos diversos critérios, de tal sorte que, além dos requisitos já referidos (que interagem e não podem ser apreciados em separado), é preciso considerar a relevância do bem juridicamente tutelado (o que pode determinar a intensidade da intervenção por conta do dever de proteção), assim como o peso da intervenção e a intensidade da própria violação ou ameaça de violação do direito protegido.[630]

[626] Cf. Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 26.

[627] Cf. K. Stern, *in: HBStR V*, p. 80.

[628] Cf. G. Manssen, *Staatsrecht I*, p. 17.

[629] Cf. L. Feldens, *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, op. cit., p. 77.

[630] Cf., com detalhado desenvolvimento, C. W. Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 101 e ss. Entre nós, apresentando uma excelente síntese e apresentação dos critérios desenvolvidos por Canaris, v. L. Feldens, *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, p. 77 e ss.

A forma como o Estado assume os seus deveres de proteção e os efetiva permanece, contudo (e de acordo com a doutrina germânica dominante), no âmbito de seu próprio arbítrio, levando-se em conta, nesse contexto, a existência de diferentes alternativas de ação, a limitação dos meios disponíveis, a consideração de interesses colidentes e a necessidade de estabelecer prioridades, de tal sorte que não se poderia, em princípio, falar de um dever específico de agir por parte do Estado.[631]

Problemática se revela, consoante resulta das ponderações já tecidas, ainda no que concerne aos deveres de proteção do Estado, a viabilidade do reconhecimento – para além da faceta objetiva impositiva da ação estatal – de um direito subjetivo correlato à proteção. Nesse sentido, a doutrina refere a necessidade de o Estado implementar medidas que alcancem, na sua função protetiva, um mínimo de eficácia, não sendo exigível uma exclusão absoluta da ameaça que se objetiva prevenir.[632] De acordo com o entendimento de Konrad Hesse, o reconhecimento de um direito subjetivo a uma atividade protetiva do Estado se encontra, contudo, na dependência de uma previsão suficientemente detalhada por parte do direito objetivo, limitando-se, de regra, ao dever de agir do Estado, sem que lhe seja, no entanto, imposto o "como", de tal sorte que uma pretensão individual somente poderá ser acolhida nas hipóteses em que o espaço de discricionariedade estiver reduzido a zero.[633]

A despeito da necessária (e, de resto, constitucionalmente exigida!) cautela no que diz respeito ao reconhecimento de posições subjetivas no âmbito da dimensão subjetiva dos deveres de proteção, ou seja, no contexto de um direito à proteção, que resulta em direitos subjetivos a ações estatais da mais diversa natureza, é possível perceber que o leque de posições subjetivas abrange não apenas medidas de cunho normativo (prestações normativas), mas abarca medidas de natureza fática (prestações de conteúdo material). Assim, são também variáveis as dificuldades que se apresentam no campo da exigibilidade própria da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, na condição de direitos subjetivos a algo, no caso, a medidas de cunho tutelar. Com efeito, se na esfera das prestações fáticas, como, por exemplo, ocorre com a alocação de recursos para aparelhamento das forças policiais ou para investimentos na estrutura judiciária, os problemas são, em geral, os mesmos que incidem no campo dos direitos a prestações sociais (embora os direitos à proteção, em geral, não se confundam com os direitos a prestações sociais propriamente ditos, como se verá mais adiante), há que atentar para as peculiaridades dos assim chamados direitos subjetivos à legislação, ou seja, a possibilidade de invocar, pela via judicial, a edição de atos normativos por parte do legislador ou mesmo por parte, no âmbito do poder regulamentar, dos órgãos da administração pública. Nesse particular, assumem relevo os convencionais desafios ligados ao controle das omissões normativas (embora a omissão, ainda que de forma distinta, também seja relevante no campo das prestações materiais) e da responsabilidade do Estado por tais omissões, aspecto que segue desafiando a dogmática jurídico-constitucional e tem encontrado uma gama diversificada de alternativas relevantes em termos de possibilidades de uma efetiva concretização. De qualquer modo, a eficácia dos direitos a prestações – com destaque para as presta-

[631] Nesse sentido, representando a posição majoritária na doutrina, as lições de G. Manssen, *Staatsrecht I*, p. 18, Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 27, bem como de K. Hesse, *Grundzüge*, p. 156.

[632] Esta a posição adotada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (v. *BVerfGE* 77, 170 [215]) e que vem sendo seguida pela doutrina. Nesse sentido, dentre outros, Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 27.

[633] Cf. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 156.

ções de natureza fática ou material – será objeto de análise pormenorizada na segunda parte desta obra, de tal sorte que aqui renunciamos a maiores desenvolvimentos, visto que o que se pretendia enfatizar, nessa quadra, é a existência de direitos à proteção, o seu conteúdo diversificado e os principais aspectos que dizem respeito à sua dupla dimensão objetiva e subjetiva e sua inserção no quadro classificatório dos direitos fundamentais.

3 – Dimensão organizacional e procedimental dos direitos fundamentais: direitos à participação na organização e procedimento.

De acordo com o que já foi visto, o reconhecimento da existência de direitos fundamentais de participação na organização e procedimento encontra-se, da mesma forma como os assim denominados direitos à proteção, vinculado aos desdobramentos da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Como ponto de partida, vamos retomar a concepção que constata uma íntima ligação entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais, admitindo-se, nesse contexto, uma influência recíproca entre as três categorias, no sentido de que, se os direitos fundamentais são, de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, sobre estes também exercem uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais.[634]

Tal a relevância desta interpenetração entre direitos fundamentais, organização e procedimento, que P. Häberle, procedendo a uma releitura da teoria dos quatro *status* de Jellinek, agregou ao *status activus* aquilo que denominou de *status activus processualis*, o qual justamente se refere à dimensão procedimental dos direitos fundamentais, que também pode ser qualificada de um autêntico devido processo (*due process*) dos direitos fundamentais.[635] Nessa mesma linha, K. Hesse sustentou a tese de que a organização e o procedimento podem ser considerados em muitos casos até mesmo o único meio para alcançar um resultado conforme aos direitos fundamentais e de assegurar a sua eficácia.[636] Como consequência desta concepção, e partindo-se de um "casamento" do *status activus processualis* com a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais e sua função como direitos a prestações (*status positivus*), chegou-se a conceber a existência até mesmo de autênticos direitos subjetivos (fundamentais) de proteção por meio da (e participação na) organização e do procedimento.

[634] No âmbito da produção monográfica nacional, vale destacar as dimensões exploradas com profundidade por L. G. Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, especialmente p. 165-249, destacando o dever do Juiz de conformar o procedimento adequado ao caso concreto, pelo prisma da efetividade da prestação jurisdicional. Mais recentemente, do mesmo autor, v. a expressiva *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: RT, 2006, construída à luz da teoria da constituição e dos direitos fundamentais. Também na seara processual, v. o instigante ensaio de C. A. A. de Oliveira, "O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais", *in*: C. A. A. de Oliveira (org.), *Processo e Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, p. 1 e ss., bem como os contributos de H. Zaneti Júnior, "Processo Constitucional: relações entre Processo e Constituição", *in*: *Revista da AJURIS*, nº 94, junho 2004, p. 105 e ss., e de D. F. Mitidiero, *Elementos para uma teoria contemporânea do Processo Civil brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, assim como, do mesmo autor, *Processo Civil e Estado Constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[635] Cf. P. Häberle, *in*: *VVDStRL* 30 (1972), p. 81 e ss.

[636] Cf. K. Hesse, *in*: *EuGRZ 1978*, p. 434 e ss.

Verifica-se, portanto, que a dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais revela questões múltiplas e que, no mais das vezes, estão longe de poder ser consideradas incontroversas e de fácil equacionamento e solução. Longe de pretendermos sequer a colocação de todos os aspectos que suscita o tema, impõe-se, contudo, ao menos uma apresentação da problemática, de modo especial, para viabilizar o devido enquadramento no âmbito da classificação dos direitos fundamentais.

Uma das maiores dificuldades reside, como oportunamente registrou Alexy, na identificação do objeto dos direitos à organização e procedimento e que gerou uma relativa imprecisão técnica no uso das expressões "organização" e "procedimento" na doutrina e na jurisprudência, gerada principalmente pelo amplo espectro de posições jurídicas que podem estar incluídas sob esta rubrica, que variam, como demonstra o autor referido, desde um direito à proteção judiciária efetiva até direitos a medidas estatais na esfera organizatória, tais como a participação nos colegiados das instituições de ensino superior.[637] Para Alexy, a utilização conjunta das expressões "organização" e "procedimento" apenas é possível se identificarmos elementos comuns que justifiquem esta aglutinação, o que se pode verificar com base na noção de procedimento, considerando-se esta em sentido amplo, no sentido de sistema de regras e/ou princípios destinados à consecução de determinados resultados, e que engloba a diversidade dos fenômenos que suscita a dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais.[638] Ainda no que diz com o objeto destes direitos de participação na organização e procedimento, Alexy lembra que estes tanto podem ser considerados direitos à emissão de determinadas normas procedimentais, quanto direitos a determinada interpretação e aplicação das normas sobre procedimento, salientando, de outra parte, que no âmbito dos direitos prestacionais, na condição de direitos a prestações normativas, apenas a primeira categoria – que tem por destinatário o legislador – assume relevância.[639]

Verifica-se, desde logo, que, para além da importante faceta da dimensão organizatória e procedimental no que concerne à interpretação e aplicação conforme aos direitos fundamentais, há que delimitar o seu objeto, para efeitos de seu enquadramento na categoria dos direitos a prestações. Vinculada a este mesmo problema, situa-se a questão da adequação dos direitos à participação na organização e procedimento ao *status positivus*, já que não se pode esquecer a nítida tendência de reconduzi-los ao *status activus* de Jellinek ou ao já referido *status activus processualis*, de acordo com a formulação proposta por Peter Häberle, que, de qualquer modo, é bem mais amplo que a concepção original de Jellinek, limitada, em princípio, aos direitos de participação política. Nesse contexto, assume particular relevância a distinção que pode ser traçada entre a possibilidade de participação (tomar parte em) na organização e no procedimento ou direitos à criação de estruturas organizacionais e emissão de normas procedimentais, ressaltando-se o caráter prestacional típico apenas do segundo grupo. Verifica-se, portanto, que sob a expressão "direitos de participação na organização e procedimento" se encontram abrangidas ambas as categorias. Por este motivo, existem autores que – com o objetivo de salientar a dimensão prestacional – preferem falar em direitos à organização e ao procedimento.[640] No âmbito de uma concepção mais abrangente, podem ser considerados direitos a prestações (em sentido amplo) aqueles que asseguram ao indivíduo a execução (implementação) de procedimentos ou organizações em geral ou a possibilidade de participação em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes.[641] O que deve ficar esclarecido, neste momento, é o fato de que apenas parte da problemática relativa à dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais pode ser reportada ao *status positivus*.

Dois aspectos merecem ser ressaltados neste contexto: em primeiro lugar, o fato de que a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental; além disso, importa considerar que importantes liberdades pessoais somente atingem um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação (no sentido de atuação conjunta e ordenada) por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizatório e coordenatório, em regra de natureza normativa.[642] É com base nessas constatações que se verifica a necessidade dos assim denominados direitos de participação na organização e procedimento (ou direitos à organização e ao procedimento), na qualidade de posições jurídico-prestacionais fundamentais. Retoma-se aqui a ideia já referida de que a organização e o procedimento de um modo geral (e não apenas no aspecto prestacional) se encontram a serviço dos direitos fundamentais e, nesse sentido, pode ser considerada até mesmo uma das condições de sua efetivação.[643]

Há que salientar, por outro lado, que, apesar de sua íntima vinculação com a ideia de um procedimento justo, com a efetivação dos direitos fundamentais e a dimensão procedimental, se excluem do objeto dos direitos à participação na organização e procedimento os direitos e garantias processuais, nomeadamente os direitos-garantia de que falamos no âmbito dos direitos de defesa, excetuando-se o direito de acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV, da CF) típico direito prestacional *lato sensu*. Também se poderia cogitar aqui da inclusão, no grupo dos direitos de participação na organização e procedimento, do direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e do acesso à propaganda política gratuita nos meios de comunicação (art. 17, § 3º, da CF), na medida em que se trata de prestações dirigidas tanto à manutenção da estrutura organizacional dos partidos (e até mesmo de sua própria existência como instituições de importância vital para a democracia), quanto à garantia de uma igualdade de oportunidades no que concerne à participação no processo democrático.

Tais considerações, somadas aos argumentos já colacionados, reforçam a tese de que os direitos fundamentais, para além de outorgarem legitimidade ao Estado Democrático de Direito, possuem um caráter democrático que, no contexto da dimensão organizatória e procedimental, se manifesta justamente no reconhecimento

---

[637] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 430.

[638] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte, p. 430-1*. De acordo com Alexy, esta concepção ampla de procedimento demonstra de forma clara que as normas de organização e procedimento devem ser configuradas de um modo conforme aos direitos fundamentais, de tal sorte que, partindo-se de um conceito abrangente de procedimento (o qual inclui também as normas de organização), se poderia falar simplesmente em direitos ao procedimento ou direitos procedurais, como costuma ocorrer na doutrina.

[639] Cf., mais uma vez, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 431-2.

[640] Este é o caso de R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 428 e ss.

[641] Nesse sentido, dentre outros, D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 251.

[642] Esta a oportuna lição de E. Denninger, *AK I*, p. 182-3, que, neste contexto, também aponta para o fato de que a liberdade fundamental do indivíduo não pode mais ser considerada como ilimitada expressão da autonomia de vontade, passando a ser, na medida em que se faz necessária uma coordenação, uma limitada oportunidade de participação efetiva nas decisões, no procedimento e no resultado almejado.

[643] Nesse sentido, dentre outros, v. K. Stern, *in: HBStR V*, p. 82.

de uma democracia com elementos participativos. Assim, quando Häberle nos fala de um *status activus processualis*, está a nos falar de um conteúdo e de uma função democrática ampliada dos direitos fundamentais. No contexto da Constituição Federal de 1988, que agasalhou importantes instrumentos de participação direta da população no processo político-decisório (tais como o plebiscito, o referendum e a iniciativa popular legislativa), a valorização da assim designada dimensão organizatória e procedimental (também democrático-participativa) dos direitos fundamentais passa a ser uma tarefa primordial do Estado Brasileiro. Nessa perspectiva, registra-se – como bem sustentado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – a necessidade de investir na noção de um "processo cooperativo",[644] portanto, pautado por um permanente diálogo intersubjetivo entre as partes e o Juiz e, quando for o caso, com outros agentes intervenientes.

Nessa mesma linha de entendimento, considerando que ao Juiz também incumbe um dever de proteção dos direitos fundamentais, levar a sério da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais pressupõe também tomar a sério o poder-dever do Juiz da adequada interpretação e formatação do processo e dos procedimentos, assim como das técnicas processuais de tutela dos direitos (o que inclui, à evidência, o dever de zelar pelo referido cunho cooperativo do processo), na esteira do que vem advogando a doutrina processual mais recente e afinada com a atual dogmática dos direitos fundamentais, como é o caso, entre outros, do já citado contributo de Luiz Guilherme Marinoni em obra específica sobre o tema.[645]

Para além destes exemplos concretos, a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial, do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento. Em suma, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado nesse sentido e se a esta corresponde um direito subjetivo (fundamental) do indivíduo. Ao passo que, entre nós, este tema não tem sido contemplado com a atenção da doutrina, ao menos não sob o ângulo pelo qual ora o enfrentamos (ainda que de forma virtualmente tangencial), verifica-se que mesmo na doutrina alienígena não existe qualquer consenso sobre a matéria. Em que pese o reconhecimento praticamente uniforme da importância da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (ou da organização e procedimento para os direitos fundamentais), a doutrina e a jurisprudência constitucional germânicas – a quem se deve tributar o desenvolvimento destes aspectos –, quando se cuida de admitir direitos fundamentais subjetivos a prestações normativas nessa esfera, revela-se, além de extremamente controversa, preponderantemente recalcitrante nesse particular.[646] Trata-se, por outro lado, de problema que

[644] Cf. C. A. A. de Oliveira, *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais...*, p. 11, ponderando, nessa linha de entendimento, que "a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como um instrumento funcional de democratização ou realização do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora das mesmas esferas".

[645] Cf. nota nº 555, *supra*.

[646] Segundo K. Stern, *in*: *HBStR V*, p. 83, ao passo que na doutrina as posições oscilam entre os que são, em princípio, favoráveis e os que negam categoricamente direitos subjetivos a prestações normativas na esfera da organização e procedimento, a jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, em regra, tem decidido contrariamente ao reconhecimento de direitos fundamentais a prestações jurídicas por parte do legislador, ressalvados alguns casos excepcionais.

abrange tanto as normas constitucionais que expressamente preveem obrigações do Estado nessa seara (que, segundo alguns, teriam sua eficácia restringida à esfera jurídico-objetiva), quanto o reconhecimento de direitos não escritos, com base em outras normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Ainda no que concerne à dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, há que fazer menção ao fato de que é na esfera infraconstitucional que esta passa a assumir talvez sua maior relevância. Nesse contexto, remetemos o leitor para a obra de Gomes Canotilho, que apresenta uma sinopse das diversas facetas que assume a problemática da interação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, que, segundo deflui da exposição do renomado publicista, acaba, em última análise, por desembocar na mediação do legislador, que é quem vai, em última análise e na maior parte das vezes, criar as estruturas organizacionais e estabelecer os procedimentos reclamados de forma direta ou indireta pelos direitos fundamentais.[647]

Por derradeiro, verifica-se que, no âmbito do complexo de posições jurídicas e de questões reveladas pela dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, a problemática que pode ser efetivamente reconduzida à função destes como direitos a prestações, em que pese sua relevância, não passa de um dos aspectos que o tema suscita. Por este motivo, há que reconhecer a pertinência do ponto de vista daqueles que, a exemplo de Konrad Hesse, preferem abordar os diversos enfoques específicos sob a rubrica genérica da efetivação e garantia dos direitos fundamentais por meio da organização e procedimento.[648]

4 – Os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito: os direitos do *status positivus socialis*.

Levando em conta o âmbito dos direitos prestacionais em sentido amplo, podemos enquadrar as normas definidoras de direitos fundamentais que consagram direitos a prestações materiais por parte de seus destinatários na categoria dos direitos fundamentais a prestações *stricto sensu*, que, por outro lado, costuma ser identificada com a dos direitos fundamentais sociais. Todavia, em que pese a correta recondução dos direitos a prestações fáticas a um *status positivus socialis* dos indivíduos,[649] há que fazer certas distinções no que concerne ao direito constitucional positivo pátrio, no qual, conforme já anunciado, o conceito de direitos fundamentais sociais não se

[647] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 651 e ss., que, neste contexto, aponta para as diversas dimensões da problemática, quais sejam: a) a existência de direitos fundamentais procedimentalmente dependentes; b) a necessidade, em alguns casos, de procedimentos criados por lei para servirem como "guarda de flanco" de posições jurídico-materiais garantidas pelos próprios direitos fundamentais; c) a necessidade de a lei criar estruturas organizacionais que atuem como instrumento funcional da realização de determinados direitos fundamentais; d) a dinamização, por meio da lei, de dimensões procedimentais e organizacionais participatórias, com o objetivo de garantir de forma eficaz o exercício de posições jurídicas fundamentais; e) o papel exercido pelo legislador na dinamização da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, na forma de uma eficácia mediata; f) a mediação reguladora por parte do legislador no sentido de assegurar o acesso a prestações estatais; g) a atuação do legislador no reconhecimento e na proteção do conteúdo das garantias institucionais, assegurando sua eficácia.

[648] Cf. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 160-1, que textualmente fala em *Grundrechtsverwirklichung und sicherung durch Organisation und Verfahren*.

[649] No direito brasileiro, cumpre registrar posição parcialmente diversa sustentada em importante ensaio sobre o tema, por R. L. Torres, *in*: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 252 e ss., que, embora afirmando a existência de uma *status positivus socialis*, distingue o mesmo (constituído pelas prestações estatais destinadas à proteção dos direitos econômicos e sociais) de um *status positivus libertatis*, este vinculado ao mínimo existencial. Assim, em que pese a utilização dos mesmos termos, o citado autor lhes outorga conteúdo parcialmente diverso do que o proposto na presente obra.

restringe à dimensão prestacional, abrangendo igualmente o que se poderia denominar (para nos mantermos fiéis à inspiração jellinekiana) de um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*, constituído pelas liberdades sociais[650] (por exemplo, pelo direito de greve e da liberdade sindical), pelas concretizações do princípio da isonomia e da proibição de discriminações, e por todas as posições jurídicas fundamentais que podem, por sua função prioritária, ser reconduzidas ao grupo dos direitos de defesa. Assim, não prospera (também nesse particular) a crítica que nos foi endereçada por Fábio Konder Comparato, de que também nós acabamos por aderir à posição corrente na doutrina pátria, no sentido de conceituar os direitos sociais como direitos exclusivamente prestacionais,[651] quando, pelo contrário, desde a primeira edição desta obra, deixamos consignada a visão ora sustentada, embora talvez não com a mesma ênfase. Reservando para uma posterior análise a extensa e complexa discussão em torno da viabilidade do reconhecimento de direitos subjetivos individuais a prestações sociais estatais, não podemos, por outro lado, furtar-nos de abordar, neste item, ao menos sumariamente, a problemática dos traços distintivos dos direitos a prestações materiais e de seu enquadramento no âmbito da classificação proposta.

Com base no que até agora foi exposto, podemos considerar como sendo correta a identificação dos direitos a prestações em sentido estrito com os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional. Estes, por sua vez, têm sido considerados, também entre nós, como resultado de um processo de desenvolvimento que radica já na Constituição francesa de 1793[652] e que, além disso, se encontra intimamente vinculado à questão social do século IX.[653] O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.[654] Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade,[655] podendo afirmar-se, nesse contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais.

De acordo com a tradição do constitucionalismo brasileiro desde 1934, também são denominadas de direitos fundamentais sociais as posições jurídicas diretamente vinculadas ao direito do trabalho, já que nessa esfera o antagonismo entre a liberdade e a igualdade real e formal se manifesta de uma forma particularmente aguda, de

[650] Em que pese o seu uso anterior, é necessário dizer que tomamos a expressão "liberdades sociais" de J.C. Vieira de Andrade, *Rapport sur la Protection des Droits Sociaux Fondamentaux au Portugal*, p. 4. Recentemente, J. Schäfer, *Classificação dos Direitos Fundamentais*, p. 44, igualmente refere que dentre os direitos sociais, podem ser encontrados direitos de cunho negativo e positivo.

[651] Cf. F.K. Comparato, "O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais", *in*: E.R. Grau e S.S. da Cunha (Org.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, p. 249.

[652] A respeito dos direitos sociais na evolução constitucional francesa, v., por todos, C. M. Herrera, *Les Droits Sociaux*, Paris: PUF, 2009, p. 38 e ss.

[653] Nesse sentido, dentre tantos, v. P. Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, p. 148, que, no direito pátrio, apresenta uma das melhores descrições do processo histórico de afirmação e reconhecimento dos direitos sociais, em que pese a para nós equivocada qualificação destes, no âmbito da doutrina francesa das *libertés publiques*, como a liberdade positiva do indivíduo de exigir do Estado o fornecimento de determinadas prestações.

[654] Nesse sentido, a lição de J. Miranda, *in: CDCCP* nº 1 (1992), p. 199-200.

[655] Cf., novamente, J. Miranda, *in*: *CDCCP* nº 1 (1992), p. 200.

modo especial em virtude das gritantes desigualdades econômicas e sociais registradas nessa seara,[656] salientando-se, contudo, mais uma vez, o fato de que apenas parte dos direitos atribuídos aos trabalhadores assume a feição de típicos direitos prestacionais. Ademais, não deve passar aqui sem menção a distinção entre os direitos sociais dos trabalhadores e os direitos sociais em geral, já que os primeiros podem, em princípio, ser considerados uma categoria específica destes,[657] na medida em que sua titularidade – ao contrário dos direitos sociais a prestações em geral (saúde, educação, assistência social etc.), que são direitos de todos – se encontra restrita à classe dos trabalhadores, além de terem como destinatários principalmente as entidades privadas (os empregadores).[658] Assim, tendo-se sempre presentes as distinções já traçadas entre os direitos sociais de defesa e os de cunho prestacional, constata-se que, a exemplo do que ocorre no constitucionalismo lusitano, os direitos fundamentais sociais em nossa Constituição não formam um grupo homogêneo no que diz com o seu conteúdo e forma de positivação.[659]

Diferentemente de outras ordens constitucionais, no Brasil não se questiona seriamente a igual dignidade dos direitos de defesa e dos direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), não podendo falar-se, entre nós, de certa prevalência dos primeiros sobre os últimos, a exemplo do que ocorre em Portugal, onde o Constituinte expressamente outorgou aos direitos de defesa, de cunho negativo (os direitos, liberdades e garantias do Título II), uma normatividade e força jurídica reforçadas em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais do Título III.[660] Para uma tal diferenciação, caracterizada por um regime jurídico-constitucional diferenciado, diferença, de resto, também criticada em Portugal,[661] não encontramos elementos de sustentação em nosso direito constitucional positivo. Da mesma forma, não há como falar de uma dicotomia ou de um dualismo absoluto entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais em nosso ordenamento constitucional, no sentido de um antagonismo irreconciliável entre eles, já que ambos compartilham a mesma dignidade como direitos fundamentais, assumindo caráter nitidamente complementar, e não excludente, de acordo com a unanimidade da doutrina.[662] Valendo-nos aqui da lição de Celso Lafer, podemos afirmar que a inevitável tensão entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais (a prestações) não se encontra sujeita a uma dialética do antagonismo, mas a uma dialética da mútua complementação, já que

[656] Esta a oportuna referência de R. Nassar, *in: RevTRT – 8ª R.*, nº 38 (1987), p. 51-2.

[657] Sobre a qualificação dos direitos dos trabalhadores como categoria especial dos direitos sociais no direito brasileiro, v., dentre outros, P.L. Saraiva, *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*, p. 38, e P. Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, p. 145, que denomina os direitos dos trabalhadores como direitos sociais em sentido estrito.

[658] Aplicam-se aqui as lições de Canotilho/Moreira, *Fundamentos*, p. 113, em que pese dirigidas ao direito lusitano.

[659] Sobre o caráter multiforme dos direitos sociais na Constituição de Portugal, v. Canotilho/Moreira, *Fundamentos*, p. 112 e ss., e J. Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 103 e ss. No mesmo sentido, v. A. Baldasarre, *Los Derechos Sociales*, p. 184.

[660] A respeito do regime jurídico diferenciado e privilegiado dos direitos de defesa em Portugal, v., dentre outros, J. Miranda, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 19 e ss.

[661] Com efeito, nem toda a doutrina portuguesa adere ao entendimento de que existe uma diversidade de regimes jurídicos em matéria de direitos fundamentais, havendo quem sustente, pelo contrário, um regime unitário, ainda que não completamente uniforme, com destaque para J. R. Novais, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, p. 358 e ss.

[662] Assim, entre nós, o entendimento de C. Tácito, *in*: *RDA* nº 178 (1989), p. 02. Relativamente ao direito lusitano, onde também não se discute a igual fundamentalidade dos direitos a prestações e direitos de defesa, v. Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, p. 146 e ss.

ambas as categorias de direitos fundamentais se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se poderá afirmar mediante a existência de maior liberdade e menos privilégios para todos.[663]

É justamente nesse sentido que assume relevo a noção de uma igual dignidade social para todos (como, aliás, estabelece o art. 13 da Constituição da República Portuguesa) assim como a já anunciada conexão não apenas entre igualdade e dignidade da pessoa humana, mas também de uma fundamentação dos direitos sociais (ainda que não de todos) no princípio da igualdade formal e material.[664]

Por outro lado, coloca-se a questão da existência de um dualismo relativo entre ambos os grupos de direitos, discussão esta que encontra sua vertente já na esfera do direito internacional, onde desde o reconhecimento dos primeiros direitos sociais prestacionais no pacto internacional da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, já ficou consagrado o ponto de vista de que existem certas diferenças vinculadas ao problema da efetivação, de modo especial no que concerne à constatação de que os direitos sociais (a prestações materiais), ao contrário dos direitos de defesa, dependem de efetivação progressiva, não sendo passíveis de dedução em Juízo.[665] Importa, nesse contexto, reconhecer que, inobstante o caráter complementar de ambas as categorias de direitos fundamentais e sua idêntica dignidade como tais, existem diferenças sensíveis entre os direitos de defesa e os direitos a prestações materiais, distinções estas que não se limitam ao seu objeto (abstenções ou ações estatais), mas que também se revelam na esfera da densidade normativa e da eficácia das normas que os consagram[666] e que desembocam, entre outros aspectos, no problema crucial do reconhecimento de um direito individual subjetivo a prestações materiais estatais, o qual ainda será objeto de análise mais aprofundada na segunda parte deste estudo. É justamente sob este ângulo (das diferenças entre ambos os grupos de direitos) – e apenas este – que se pode falar de um dualismo relativo entre direitos de defesa e direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais) também em nosso Direito.[667]

Tecidas estas considerações genéricas sobre a relação entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos sociais prestacionais (já que as liberdades sociais podem ser enquadradas no primeiro grupo), importa que nos ocupemos um pouco mais com o objeto precípuo dos direitos a prestações fáticas ou materiais. Na medida em que já demonstramos a existência de direitos a prestações em sentido amplo, que abrangem, em princípio, os direitos a prestações jurídicas (normativas) estatais, poderia questionar-se a referida identidade entre os direitos a prestações em sentido estrito (no sentido de direitos a prestações fáticas) e os direitos sociais prestacionais. Dito de outra maneira, há que verificar se os direitos a prestações materiais se limitam aos direitos sociais prestacionais, ou se estes podem ser considerados apenas uma espécie do gênero direitos a prestações em sentido estrito, que, por via de consequência, teriam um objeto mais amplo, ainda que mais restrito do que os direitos a prestações *lato sensu*.

Nesse contexto assume relevo a distinção formulada pelo publicista alemão Murswiek entre o *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis*, sob o aspecto de dimensões específicas do *status positivus*, representado pelos direitos a prestações em sentido amplo.[668] A problemática encontra-se, por sua vez, estreitamente vinculada ao conteúdo da prestação, que constitui o objeto dos direitos prestacionais em sentido amplo e restrito. Como ponto de partida, podemos tomar aqui a já anunciada tarefa dos direitos sociais (aqui considerados em sentido amplo), na condição de elementos de realização da igualdade e liberdade reais, podendo, nesse sentido, ser considerados como fatores de consecução da justiça social, na medida em que se encontram ligados à obrigação da comunidade para com o fomento ativo da pessoa humana.[669] O Estado Social de Direito, também denominado de Estado do Bem-Estar, distingue-se justamente por ter avocado para si a tarefa de realização da justiça social,[670] de tal sorte que, juntamente com os direitos sociais, pode ser considerado ao mesmo tempo produto, complemento, corretivo e limite do Estado Liberal de Direito e dos clássicos direitos de defesa de matriz liberal-burguesa.[671]

Percebe-se, desde logo, que os direitos sociais prestacionais se encontram intimamente vinculados às tarefas exercidas pelo Estado na condição de Estado Social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes.[672] Nesse contexto, já se argumentou que os direitos sociais, como direitos a prestações, se dirigem ao fornecimento de bens que podem, eles próprios, ser tidos como parte integrante da liberdade real, de tal sorte que o Estado pode ser considerado como destinatário de uma pretensão de fornecimento (*Verschaffungsanspruch*, na formulação de Böckenförde).[673] A pergunta que se coloca com base nas considerações tecidas diz, na verdade, com a natureza intrínseca das prestações estatais, que constituem o objeto precípuo dos direitos sociais de natureza prestacional. Tendo em vista que se cuida da atividade positiva do Estado como Estado Social, já se verificou a necessidade de se excluírem do âmbito dos direitos sociais os direitos a prestações em sentido amplo, que dizem com as tarefas tradicionais do Estado liberal de Direito, e não com a criação, fornecimento, distribuição, ou mesmo com a melhoria ou redistribuição dos bens materiais, serviços e instituições existentes, razão pela qual devem – como já visto – ser reconduzidos ao *status positivus libertatis*.

[663] Cf. C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 130.

[664] Cf. o desenvolvimento de A. Baldasarre, *Los derechos sociales*, especialmente p. 77 e ss.

[665] Nesse sentido, cf. A.A. Cançado Trindade, *in: RBEP* nº 71 (1990), p. 09 e ss., que apresenta uma sinopse da evolução desta problemática na esfera internacional e regional (de modo especial, na Europa e América), salientando, por outro lado, que já na Conferência de Teerã (1968) ambos os pactos internacionais (o dos direitos civis e políticos e o dos direitos econômicos, sociais e culturais) foram considerados de natureza complementar, frisando-se a natureza indivisível dos direitos humanos. Nessa mesma linha também o entendimento de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 129.

[666] Aqui assume relevância, entre outros aspectos, a problemática relativa à necessidade de uma *interpositio legislatoris* na esfera dos direitos a prestações e que inexistiria nos direitos de defesa. Nesse sentido, entre nós, a recente referência de E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 91, arrimado nas lições de Gomes Canotilho e Vieira de Andrade.

[667] Cf. nossa posição sustentada em *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, p. 144 e ss.

[668] De acordo com a concepção de D. Murswiek, *in: HBStR V*, p.248 e ss., os direitos do primeiro grupo são formados pelos direitos à proteção e à organização e procedimento, encontrando-se, portanto, vinculados diretamente à atuação do Estado na condição de Estado liberal de Direito, ao passo que os direitos a prestações fáticas devem ser reconduzidos à atividade do Estado como Estado social de Direito.

[669] Nesse sentido, dentre outros, a lição de H.-J. Wipfelder, *in: ZRP* 1986, p. 140. Como oportunamente consignou H.F. Zacher, *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 11, já no artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 se encontra implícita a noção de que os direitos sociais objetivam o fomento ativo, por parte do Estado, do livre desenvolvimento da personalidade humana.

[670] Cf., dentre outros, G. Haverkate, *Verfassungslehre*, p. 258 e ss.

[671] Esta a lição de K.-J. Bieback, *in: EuGRZ 1985*, p. 659.

[672] Cf. G. Haverkate, *Verfassungslehre*, p. 258 e ss., que também denomina o Estado social como Estado da redistribuição (*Staat der Umverteilung*).

[673] Esta a perspicaz lição de E.-W. Böckenförde, *in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm*, p. 9.

Assim, é preciso reconhecer a já referida impropriedade da expressão "direitos de quota-parte" (*Teilhaberechte*) quando aplicada aos direitos sociais prestacionais, na medida em que apenas se pode ter parte em algo que já se encontra à disposição. É justamente por este motivo que parte da doutrina considerou a expressão "direitos de participação" (no sentido de ter parte em) como insuscetível de abranger a totalidade dos direitos sociais prestacionais, considerando-a, contudo, adequada quando reportada aos direitos derivados a prestações, sob o aspecto de direitos de igual acesso aos sistemas prestacionais já implantados pelo Estado, excluindo-se, por via de consequência, os assim denominados direitos originários a prestações, que têm por objeto a criação, o fornecimento, a complementação e a redistribuição de prestações fáticas estatais.[674] Verifica-se, portanto, que os direitos do *status positivus socialis*, além de direitos a prestações fáticas do Estado, se encontram vinculados a um conceito restrito de prestações, sob o aspecto de expressão da atividade do Estado na sua condição de Estado Social de Direito. Por outro lado, não há como negligenciar o fato de que nem todos os direitos sociais prestacionais – ao menos em nosso direito constitucional positivo – têm como destinatário o Estado, o que se aplica principalmente aos direitos a prestações arrolados entre os direitos dos trabalhadores (art. 7º), mas que, por sua vez, em que pese esta circunstância, igualmente podem ser considerados como inequívoca expressão de um Estado Social de Direito.

Ainda no que concerne aos direitos sociais do *status positivus*, importa consignar que estes podem, por sua vez, ser classificados de acordo com diversos critérios, que aqui não carecem de desenvolvimento.[675] Por sua especial relevância, há que relembrar, contudo, a distinção traçada entre os direitos derivados e originários a prestações, já que de inegável importância para a problemática da eficácia dos direitos fundamentais prestacionais, inclusive (e principalmente) de natureza fática, que ainda será objeto de análise. Relembre-se apenas, nesse contexto, que enquanto os direitos derivados a prestações dependem da prévia existência de um sistema de prestações, caracterizando-se como direitos de igual acesso a este, os direitos originários a prestações podem, em última análise, ser definidos como posições jurídicas, que, independentemente de uma atuação anterior, podem ser deduzidas de forma direta e autônoma das normas constitucionais que consagram direitos sociais de natureza prestacional.[676]

De modo particular para evitar algumas incompreensões para com a nossa opção classificatória e cientes de que se cuida de tema cuja relevância (dadas as consequências que dela podem ser extraídas), não deveria ser hipostasiada, convém destacar alguns pontos, a começar pela circunstância de que partimos do pressuposto

[674] Nesse sentido, v. as críticas de E. Friesenhahn, *in*: *Verhandlungen des 50*. Deutschen Juristentages, vol. II, G 29, e C. Thamm, *Probleme der Verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte*, p. 26 e ss., ambos igualmente céticos no que concerne à identificação entre a noção de direitos de quota-parte (*Teilhaberechte*) e direitos sociais, como direitos originários a prestações.

[675] Assim, pode-se falar numa classificação de acordo com o objeto da prestação, que, todavia, apresenta interesse meramente didático. Neste contexto, os direitos sociais prestacionais poderiam ser divididos – tomando-se aqui como parâmetro essencialmente a proposta formulada por P. Badura, *in*: *Der Staat* nº 14 (1975), p. 22 e ss. – em quatro grupos: a) direito ao trabalho e suas manifestações (direito à proteção do trabalhador, seguro-desemprego, política de pleno emprego etc.); b) direitos à segurança social (direitos à saúde, previdência, assistência social etc.); c) direitos socioculturais (educação, formação profissional, acesso à cultura etc.); d) direito ao meio ambiente e qualidade de vida (meio ambiente ecologicamente equilibrado, moradia etc.). Também se poderia cogitar de classificação baseada na forma da positivação dos direitos a prestações, ou mesmo de proposta inspirada no art. 5º, § 2º, da CF (direitos escritos e não escritos).

[676] Nesse sentido, W. Krebs, *in: JURA 1988*, p. 626, e K. Hesse, *in*: EuGRZ 1978, p. 433.

da íntima conexão e interdependência entre as diversas categorias de direitos fundamentais. Além disso, não deixamos de reconhecer – muito antes pelo contrário, sempre assim o sustentamos – que um direito de defesa (negativo) pode ter uma dimensão positiva correlata, assim como aos direitos prestacionais (positivos) corresponde uma dimensão negativa. Assim, verifica-se que os direitos fundamentais, de modo geral, possuem uma dúplice função negativa e positiva. Como exemplo, referimos aqui o direito à moradia, que, na condição de direito a ações positivas (fáticas ou normativas) voltadas à promoção e satisfação das necessidades materiais ligadas à moradia, pode ser definido como direito a prestações. Por outro lado, a moradia (agora na condição de direito negativo) também é protegida contra ingerências externas, sejam elas oriundas do Estado, sejam elas advindas de esfera jurídico-privada. Temos, portanto, que um mesmo direito fundamental abrange, muitas vezes, um complexo de posições jurídicas, isto é, de direitos e deveres, negativos e positivos.

Importa consignar, ainda (retomando aspecto já versado quando da apresentação geral do esquema de classificação adotado), que não desconhecemos a relativamente recente e, entre nós, cada vez mais prestigiada tese de Holmes e Sunstein,[677] sustentando que todos os direitos são também positivos, indicando uma superação da já tradicionalmente aceita distinção entre diretos negativos (direitos de defesa) e positivos (direitos a prestações). Em síntese, Holmes e Sunstein partem do pressuposto de que também os direitos tradicionalmente definidos como negativos acarretam encargos econômicos e financeiros substanciosos para o poder público (um sistema eficiente de segurança pública e de administração judiciária, por exemplo), sendo, nesse sentido, direitos positivos. Mesmo assim, se de fato parece inglória a tentativa de advogar uma dicotomia entre os direitos negativos e positivos (coisa que, aliás, nunca fizemos), calcada estritamente no critério da sua relevância econômica (na verdade, no critério da relevância econômica do objeto da prestação),[678] seguimos convictos de que a relação entre os direitos de cunho negativo e de cunho positivo pode, a despeito da também por nós reconhecida indivisibilidade dos direitos fundamentais, ser traduzida como revelando uma espécie de dualismo relativo,[679] caracterizado essencialmente por uma diferença de objeto e de função entre as duas importantes distinções, mas jamais por uma lógica dicotômica, marcada pela exclusão recíproca e pelo antagonismo.[680] Com efeito, ninguém irá questionar seriamente (tomando apenas este aspecto para ilustrar o ponto) a impossibilidade de um Juiz – uma vez presentes os pressupostos – deixar de conceder uma ordem de *Habeas Corpus* ou recusar-se a assegurar o direito à vida, propriedade ou privacidade contra alguma violação, pelo simples fato de não haver uma estrutura adequada disponível ou com base no argumento de que o Estado não dispõe de recursos suficientes. Por outro lado, não são poucos os que se voltam contra o reconhecimento, pelo Judiciário e especialmente quando da ausência de lei específica, de direitos subjetivos a prestações materiais contra o Estado. Com efeito, a circunstância de que um direito negativo também tem um "custo" – o que assume destaque no plano da sua efetividade – não afasta a possi-

[677] S. Holmes & C. Sunstein, *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, especialmente p. 35-48.

[678] Nessa direção a advertência de G. Amaral, *Direito, Escassez & Escolha*, p. 71.

[679] Quando se fala em dualismo relativo é precisamente por não se aceitar uma visão dicotômica, que deve ser afastada, como, aliás, bem argumenta J. Schäfer, *Classificação dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 69 e ss.

[680] A respeito deste ponto v. o nosso "Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988", in: I. W. Sarlet (Org), *Direito Público em Tempos de Crise*, p. 150 e ss.

bilidade de sua imediata aplicabilidade e justiciabilidade, o que, em princípio, como já referido, é controverso no caso da dimensão prestacional.

Nessa quadra e para além das diferenças já apontadas, verifica-se que a correta observação de que todos os direitos têm custos (no sentido de gerarem encargos para o Estado e a sociedade) poderá ser melhor compreendida – em especial para que não se negligencie algumas diferenciações cogentes e relevantes – em se atentando para a distinção traçada por José Casalta Nabais no sentido de que os custos dos direitos sociais (como direitos a prestações) "concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que se amplia na exacta medida dessas despesas", ao passo que os direitos de cunho negativo (que não se reduz, como já demonstrado aos direitos de liberdade "clássicos"), ainda de acordo com a lição do referido autor, "se materializam em despesas do estado com a sua realização e protecção, ou seja, em despesas com os serviços públicos adstritos basicamente à produção de bens públicos em sentido estrito".[681]

Outra crítica direcionada contra a classificação dos direitos fundamentais como direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos) restou recentemente formulada por Fábio Konder Comparato, ao afirmar que "uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública".[682] Prossegue o ilustre jurista, advogando que "a generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos Poderes Públicos, característico das liberdades individuais".[683] Tais afirmações, com as quais só podemos concordar em parte, merecem alguns comentários, seja em homenagem ao seu autor, seja para estimular o debate acadêmico.

Em primeiro lugar, reportando-nos ao que já havíamos consignado anteriormente, verifica-se que a crítica é quem acabou por generalizar de modo equivocado o seu próprio argumento, já que – mesmo na doutrina nacional – nem todos (muito embora talvez ainda a maioria) identificam os direitos sociais com direitos a prestações estatais, visto que boa parte das normas definidoras de direitos sociais – pelo menos na ordem constitucional pátria – encerram direitos de caráter negativo (defensivo), o que, de resto, também se verifica no âmbito da doutrina constitucional estrangeira. Para tanto, basta aqui uma breve referência à posição por nós adotada desde a primeira edição desta obra (na verdade, desde a confecção e posterior publicação da nossa tese de doutoramento sobre os direitos sociais no Brasil e na Alemanha, respectivamente em 1996 e 1997) bem como ao entendimento sustentado (e já referido nesta obra), entre outros, por José Carlos Vieira de Andrade, em Portugal. Assim, se está coberto de razão o autor ao afirmar, com sua habitual percuciência, que de modo geral ainda há uma certa resistência em admitir tal complexidade dos direitos sociais, incorre em equívoco ao referir como defensores da posição criticada (inclusive fazendo menção a uma falta de fundamentação) justamente autores que já há alguns anos vem sustentando exatamente o contrário, isto é, adotando o ponto de vista ora referido pelo articulista autor da crítica.

[681] Cf. J. C. Nabais, *Por um Estado Fiscal Suportável. Estudos de Direito Fiscal*, p. 22.

[682] Cf. F.K. Comparato, *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos sociais e culturais*, p. 249.

[683] Idem, ibidem.

Por outro lado – e nisto reside a nossa principal objeção aqui sustentada – a afirmação de que os direitos fundamentais sociais nada mais são do que políticas públicas (que eles certamente também são, como importa reconhecer), acaba por desconsiderar que há direitos sociais cujo objeto também consiste em abstenções por parte do destinatário, isto sem falar na circunstância de que existem direitos sociais a prestações cujo destinatário é uma entidade privada ou até mesmo uma pessoa física, como ocorre com os direitos dos trabalhadores, como bem atesta o direito ao salário mínimo e outras prestações materiais.[684] De outra parte, como já demonstrado a partir das considerações tecidas a respeito da obra de Holmes e Sunstein, não apenas os direitos econômicos, sociais e culturais implicam políticas públicas, mas também os direitos habitualmente designados de individuais ou identificados (no nosso sentir equivocadamente) com os direitos de liberdade,[685] já que para assegurar a efetividade de qualquer direito, não há como prescindir da alocação de todo uma gama de recursos públicos, de uma política de segurança, entre outras medidas que aqui se poderia referir. De qualquer modo, não há também como desconsiderar a magnitude da lição do eminente articulista, ao demonstrar que a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais sempre envolve (embora não exclusivamente), de algum modo, a definição e implementação de políticas públicas, ainda mais em se tomando tal conceito em sentido amplo. Neste ponto, importa reconhecer que a despeito de alguma referência feita às políticas públicas (lembramos que mais adiante chegamos a afirmar que a eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais depende de uma política dos direitos fundamentais)[686] talvez tenhamos mesmo deixado de explicitar suficientemente este aspecto, de tal sorte que esperamos ter logrado superar tal deficiência. Por outro lado, é preciso ter presente a complexidade das próprias prestações estatais, que abrangem prestações individualizadas, que nem sempre decorrem de uma política pública, no sentido de uma atividade de cunho mais geral e resultante de um prévio planejamento pelo poder público.

Ainda no que diz respeito à necessária distinção entre políticas públicas e direitos fundamentais, é possível ilustrar tal distinção com base, além dos argumentos já colacionados, também na diferença entre os assim chamados direitos originários a prestações (direitos subjetivos fundados diretamente na Constituição, independentemente da existência de um sistema de prestações já disponibilizado) e direitos derivados a prestações (direitos de igual acesso às prestações já disponibilizadas pelo legislador e administrador), diferenciação esta que será retomada com maior vagar já na esfera da eficácia dos direitos fundamentais. Com efeito, um direito originário a prestação, poderá mesmo resultar, para além de gerar uma pretensão (individual ou coletiva) à satisfação do bem assegurado pela Constituição, na condição de direito subjetivo, na exigência de políticas públicas que precisamente irão ter como finalidade assegurar a fruição de tal prestação. Se, por sua vez, um titular de direito

[684] No mesmo sentido, destacando a distinção (embora a conexão) entre direitos sociais (direitos subjetivos) e políticas públicas, v. dentre outros, C. Queiroz. *Direitos Fundamentais Sociais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 80.

[685] Com efeito, de acordo com o que pensamos ter destacado de modo suficiente, na esteira das lições de um Alexy e de um Gomes Canotilho, também a dimensão negativa (defensiva) dos direitos fundamentais não pode ser reduzida à noção de direitos individuais ou de direitos de liberdade, já que – pelo menos de acordo com o critério da titularidade – os direitos sociais também são, em primeira linha, individuais (o seu titular é cada pessoa humana), assim como resulta evidente que uma série de direitos de caráter negativo (sem prejuízo de sua dimensão prestacional correlata) não se identificam com as liberdades, como é o caso da propriedade, do direito à vida, da intimidade, apenas para ilustrar a nossa afirmação.

[686] V. a referência ao pensamento de Dieter Grimm, na p. 339, infra.

fundamental for excluído do âmbito dos beneficiários da política pública, o fato de ter assegurado um direito fundamental, lhe assegura, em princípio, a possibilidade de acionar o poder público e exigir o acesso à prestação. Nessa mesma linha, aliás, tem decidido o Supremo Tribunal Federal, tanto reconhecendo a diferença entre direitos originários e derivados a prestações, quanto agasalhando a noção de que direitos fundamentais e políticas públicas, embora o estreito vínculo entre ambas as categorias, não se confundem.[687]

Todas estas questões suscitadas especialmente a partir das ponderações de Fábio Konder Comparato, Holmes e Sunstein e os demais autores citados reclamam, todavia, uma digressão mais profunda (inclusive no tocante à posição adotada por Dworkin em relação ao que designa de *policy,* objeto, aliás, de pertinente crítica por parte de Fábio Konder Comparato no mesmo texto ora referido) do que a que nos propomos por ocasião desta singela atualização do texto. Assim, sem que se vá aqui adentrar o mérito desta discussão (já que esta será objeto da nossa atenção logo a seguir), verifica-se, desde logo, que a distinção traçada entre direitos de defesa e direitos a prestações (em suma, entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais) segue tendo relevância prática, o que, de resto, será demonstrado com maior aprofundamento na segunda parte desta obra.

Embora já tenhamos deixado claro mais de uma vez nosso entendimento, vale repisar (mais uma vez), de modo a espancar eventuais incompreensões vez por outra encontradas, que os direitos fundamentais em geral, mas também os assim designados direitos sociais possuem em princípio uma dupla dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional), implicando, portanto, poderes (direitos) subjetivos correspondentes, de conteúdo negativo e positivo, o que não afasta – como cremos ter demonstrado – a possível e útil classificação (dadas as diferenças existentes entre a dimensão negativa e prestacional) dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, tal como proposta também nesta obra. Que a distinção (possível e necessária, a depender do critério utilizado) entre direitos positivos e negativos não é, por sua vez, incompatível com a noção (também por nós advogada) da interdependência entre todos os direitos fundamentais e, além disso, não implica uma menos-valia jurídica dos direitos a prestações, ainda será desenvolvido na próxima parte, notadamente quando tratarmos da eficácia dos direitos fundamentais.

[687] Cf., por exemplo, a decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada nº 228-7/Ceará, Min. Gilmar Mendes, j. em 14.0.2008, destacando-se a seguinte passagem: "não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde". Mais adiante, na mesma decisão, ficou consignado que "ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento", precisamente ao assegurar – poderíamos acrescentar – a fruição do direito fundamental efetivado por meio da política pública. Em outra passagem do julgado, que bem demonstra a diferença entre direitos originários e derivados a prestações, ficou consignado que "se a prestação de saúde pleiteada não for abrangida pelas políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer", hipótese na qual, como ocorreu no caso apreciado, se deverá proceder - segundo o Ministro que relatou a decisão, a uma ponderação dos princípios em conflito à luz das circunstâncias do caso concreto. No mesmo sentido, v. também a decisão na Suspensão de Tutela Antecipada nº 268-9, Rio Grande do Sul, Min. Gilmar Mendes, j. em 22.10.08. Convém registrar, todavia, que o resultado da avaliação das circunstâncias do caso concreto e o juízo de ponderação levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, implicou decisões diferenciadas, visto que no primeiro caso as razões invocadas pelo poder público foram acolhidas, ao passo que no outro caso o que prevaleceu foi o direito invocado pelo indivíduo em face do Estado, por razões que aqui não importa aprofundar.

6. Os direitos fundamentais e seus titulares

6.1. Notas introdutórias: a distinção entre titulares e destinatários dos direitos e garantias fundamentais – aspectos conceituais e terminológicos

Em que pese a existência, no Brasil, de considerável doutrina utilizando o termo *destinatário* (no sentido de destinatário da proteção ou tutela do direito) como sinônima de *titular de direitos fundamentais,*[688] é preciso enfatizar que a terminologia mais adequada e que, em termos gerais, corresponde à tendência dominante no cenário jurídico contemporâneo, é a de titular de direitos fundamentais. Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito.

Para além da questão terminológica, mas ainda no âmbito das questões preliminares a serem abordadas, registra-se que segue polêmica a controversa distinção entre a titularidade de direitos fundamentais e a capacidade jurídica regulada pelo Código Civil, sendo a titularidade, para alguns efeitos, seguramente mais ampla que a capacidade jurídica, sem prejuízo da discussão em torno da necessidade de uma releitura da própria legislação infraconstitucional e dos conceitos civilistas sobre as capacidades com base na Constituição, que não podem ser pura e simplesmente transportados para o domínio dos direitos fundamentais. Com efeito, no plano do direito constitucional, registra-se a tendência de superação da distinção entre capacidade de gozo e a capacidade de exercício de direitos, a primeira identificada com a titularidade, pois, como dá conta a lição de Jorge Miranda, a titularidade de um direito (portanto, a condição de sujeito de direitos fundamentais) abrange sempre a correspondente capacidade de exercício.[689] Na mesma linha de entendimento, enfatizando a ausência de utilidade da distinção entre capacidade de direito e de exercício, colaciona-se a lição de Joaquim José Gomes Canotilho, para quem uma aplicação direta e generalizada da capacidade de fato (exercício) em matéria de direitos fundamentais poderia resultar numa restri-

[688] Por exemplo, J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 192; G. M. Bester, *Direito Constitucional.* Vol. I: Fundamentos Teóricos, Manole: Barueri, 2005, p. 569; W. de M. Agra, *Curso de Direito Constitucional,* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100. Já A. de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais* – Teoria Geral, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 72, passou a adotar, agora corretamente, a expressão "titulares" sob a rubrica "destinatários" evidenciando a confusão de sentidos em parcela da doutrina brasileira.

[689] Cf. J. Miranda, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 112-13.

ção indevida de tais direitos, e que sugere que quanto aos direitos que prescindem de um determinado grau de maturidade para serem exercidos, não haveria razão para reconhecer a distinção entre capacidade de direito e de fato.[690]

A partir das considerações tecidas, resulta necessário sempre identificar de qual direito fundamental se trata em cada caso, pois diversas as manifestações em termos de capacidade de direito e capacidade de fato ou de exercício. Com efeito, alguns casos, muito especiais, podem causar certa perplexidade: por exemplo, poderia um menor invocar o direito fundamental de liberdade de crença para eximir-se de obrigações religiosas impostas pelos seus pais? Ou, em que medida pode invocar o mesmo direito para adotar crença diversa da dos seus pais? A melhor solução, assim nos parece, é a preconizada por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, no sentido de que, "à falta de previsão legal tópica, é de sustentar a necessidade de tratamento *ad hoc* das questões surgidas, mediante o sopesamento dos valores constitucionais envolvidos em cada caso, advertindo-se ao intérprete, sempre, de que toda a limitação de ordem etária a um direito fundamental deve ser compreendida como medida direcionada à proteção do menor, visando à melhor fruição pelo próprio menor do bem juridicamente tutelado",[691] de tal sorte que, ao menor de idade também há de ser (em termos gerais) atribuída a titularidade de direitos fundamentais, atentando-se, convém enfatizar, para as peculiaridades do direito e das circunstâncias do caso e da pessoa em causa.[692] Assim, resulta correto afirmar que a determinação da titularidade (independentemente da distinção entre titularidade e capacidade jurídica) de direitos fundamentais não pode ocorrer de modo prévio para os direitos fundamentais em geral, mas reclama identificação individualizada, à luz de cada norma de direito fundamental e das circunstâncias do caso concreto e de quem figura nos pólos da relação jurídica.[693]

6.2. O princípio da universalidade e a titularidade dos direitos fundamentais

Mesmo que a nossa CF de 1988 não tenha feito referência direta ao princípio da universalidade e a despeito de ter atribuído a titularidade dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país (artigo 5°, *caput*) também no direito constitucional positivo brasileiro encontrou abrigo o princípio da universalidade, que, embora sempre vinculado ao princípio da igualdade, com este não se confunde (Jorge Miranda). Aliás, não é à toa que o constituinte, no mesmo dispositivo, enunciou que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", e, logo na sequência, atribuiu a titularidade dos direitos fundamentais aos "brasileiros e estrangeiros residentes no País". Assim, embora, diversamente do que estabeleceu, por exemplo, a Constituição Portuguesa de 1976 (artigo 12), no sentido de que "todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na

[690] Cf. J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1° a 107°, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 331-332. Entre nós, em sentido similar, v., por último, as ponderações de F. R. Gomes, *O Direito Fundamental do Trabalho*, p. 144 e ss.

[691] Cf. G. F. Mendes, I. M. Coelho; P. G. G. Branco, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 264.

[692] Sobre o tema da titularidade de direitos fundamentais por parte de menores de idade, v., por todos, a excelente obra de B. A. Corral, *Minoria de Edad y Derechos Fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2003.

[693] Cf. I. von Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 5ª ed., München: C.H, Beck, 2000, p. 24.

Constituição", uma interpretação sistemática não deixa margem a maiores dúvidas no tocante à recepção do princípio da universalidade no direito constitucional positivo brasileiro.[694] De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a distinção entre brasileiro nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras.

Como bem leciona Gomes Canotilho, a universalidade será alargada ou restringida de acordo com a postura do legislador constituinte, sempre respeitando o núcleo essencial de direitos fundamentais, que é intangível por qualquer discricionariedade, núcleo que pode ser alargado pela atuação e concretização judicial dos direitos. Com efeito, ainda segundo Gomes Canotilho, a base antropológica dos direitos do homem concebe como sendo titulares de direitos inclusive estrangeiros não residentes, assim como pessoas jurídicas de natureza pública e privada, como forma de concretização da justiça na condição de fundamento material, compatibilizando a universalidade com a igualdade frente a uma apreciação tópica dos problemas enfrentados em face de uma delimitação da titularidade.[695] É preciso enfatizar, por outro lado, que o princípio da universalidade não é incompatível com o fato de que nem mesmo os brasileiros e os estrangeiros residentes no País são titulares de todos os direitos sem qualquer distinção, já que direitos há que são atribuídos apenas a determinadas categorias de pessoas. Assim ocorre, por exemplo, com os direitos dos cônjuges, dos pais, dos filhos, dos trabalhadores, dos apenados, dos consumidores, tudo a demonstrar que há diversos fatores, permanentes ou vinculados a determinadas situações ou circunstâncias (como é o caso da situação familiar, da condição econômica, das condições físicas ou mentais, da idade etc.) que determinam a definição de cada uma dessas categorias. Em suma, o que importa para efeitos de aplicação do princípio da universalidade, é que toda e qualquer pessoa que se encontre inserida em cada uma dessas categorias, seja em princípio titular dos respectivos direitos.[696]

6.3. A pessoa natural como titular de direitos fundamentais: generalidades

A Constituição de 1988, no *caput* do seu art. 5°, reconhece como titular de direitos fundamentais, orientada pelo princípio da dignidade humana (inciso III do art. 1°) e pelos conexos princípios da isonomia e universalidade, toda e qualquer pessoa, seja ela brasileira ou estrangeira residente no País. Contudo – e a própria limitação quanto à residência no Brasil por parte dos estrangeiros já o indica – algumas distinções entre nacionais e estrangeiros devem ser observadas, designadamente no que

[694] Sobre o tema, v. A. C. Nunes, *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[695] J. J. G. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 418 e ss.

[696] Cf. J. Miranda, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 112 e J. J. G. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 328.

diz com a cidadania e a nacionalidade,[697] pois como bem anotou Gilmar Mendes, "a nacionalidade configura vínculo político e pessoal que se estabelece entre o Estado e o indivíduo, fazendo com que este integre uma dada comunidade política, o que faz com que o Estado distinga o nacional do estrangeiro para diversos fins".[698]

A expressão *brasileiros*, consignada no art. 5°, *caput*, da CF, é de ser interpretada como abrangendo todas as pessoas que possuem a nacionalidade brasileira, independentemente da forma de aquisição da nacionalidade, ou seja, independentemente de serem brasileiros natos ou naturalizados, ressalvadas algumas exceções previstas na própria Constituição e que reservam aos brasileiros natos alguns direitos. De outra parte, o gozo da titularidade de direitos fundamentais por parte dos brasileiros evidentemente não depende da efetiva residência em território brasileiro, pois a titularidade depende exclusivamente do vínculo jurídico da nacionalidade, ao passo que para os estrangeiros a titularidade dos direitos assegurados na CF somente é reconhecida se estiverem residindo no Brasil,[699] embora com isto não se esteja a delimitar – ainda – quais sejam tais direitos.

Entre os direitos reservados aos nacionais e que, portanto, não são assegurados ao estrangeiro residente no País, destacam-se os direitos políticos, embora precisamente quanto a estes existam restrições em relação aos brasileiros naturalizados. Com efeito, apenas para ilustrar, por força do art. 12, §§ 2° e 3°, da CF, são privativos dos brasileiros natos os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, de Presidente da Câmara dos Deputados, de Presidente do Senado Federal, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, da carreira diplomática, de oficial das Forças Armadas e de Ministro de Estado da Defesa. Aos estrangeiros naturalizados, por sua vez, é assegurado o exercício dos cargos não reservados constitucionalmente aos brasileiros natos, impondo-se especial atenção aos casos em que haja reciprocidade de tratamento, como ocorre na hipótese do acordo bilateral entre Brasil e Portugal (Decreto n° 3.927, de 19 de setembro de 2001).

Caso especial do reconhecimento de direito fundamental de acesso a cargos e empregos públicos remunerados aos estrangeiros, está previsto no inciso I do art. 37, assim como no § 1° do art. 207 da CF, ambos com a redação imprimida pelas Emendas Constitucionais n° 11/1998 e n° 19/1996 e com o objetivo de permitir o ingresso de estrangeiros dotados de talentos reconhecidos em suas especialidades. Já no inciso LI do art. 5° é traçada distinção entre o direito fundamental de não expulsão e o direito fundamental de não extradição. Assim, embora permitida a expulsão de estrangeiro nos casos de condenação criminal e de repercussão nacional, a Súmula n° 1 do Supremo Tribunal Federal dispõe que é "vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna",

[697] Nesse sentido, v. – embora se discorde naquilo em que está em causa uma fundamentação jusnaturalista – as observações de J. P. Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 197-98, apontando para uma diferença entre igualdade natural e uma igualdade política (que se refere a todos os cidadãos – e não, portanto, aos estrangeiros – de um Estado Constitucional), com base na qual todos os cidadãos (nacionais) de um Estado seriam titulares, em princípio de todos os direitos assegurados pela Constituição, ao passo que os estrangeiros são titulares daqueles direitos que lhes são atribuídos por cada ordem constitucional e (nesse caso mesmo sem previsão na Constituição) dos direitos naturais, como é o caso do direito à vida, à liberdade pessoal, a intimidade etc.

[698] G. F. Mendes, "Direito de Nacionalidade e Regime Jurídico do Estrangeiro", *in*: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado da PUCRS, Porto Alegre, Ano 1, n° 1, OUT/DEZ 2007, p. 141-154.

[699] Cf. por todos, D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: RT, 2007, p. 82.

caso em que os direitos fundamentais de terceiros irradiam efeitos para alcançar o estrangeiro. No que diz com a extradição de estrangeiros naturalizados brasileiros pela prática de crime comum, esta, em princípio (pois há outras questões a serem consideradas) se revela possível em duas circunstâncias: ter o crime sido praticado antes da naturalização, ou quando for o caso de participação, comprovada no tráfico de entorpecentes ou de drogas afins. No caso previsto no inciso LII do art. 5° da CF, isto é, quando se tratar da atribuição de crime político ou de opinião, o estrangeiro tem o direito fundamental a não ser extraditado. Outra distinção importante entre brasileiros e estrangeiros diz com a titularidade de direitos fundamentais de livre iniciativa, sendo negada ao estrangeiro a pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (art. 176, § 1°, da CF), bem como a propriedade de empresa de radiodifusão sonora de sons e imagens (art. 222, CF), que, no entanto, é assegurada ao naturalizado. Além disso, convém recordar que existem direitos fundamentais cuja titularidade é reservada aos estrangeiros, como é o caso do direito ao asilo político e a invocação da condição de refugiado e das prerrogativas que lhe são inerentes, direitos que, pela sua natureza, não são dos brasileiros.[700]

6.4. Direitos dos estrangeiros e a relevância da distinção entre estrangeiro residente e não residente

O fato de a CF ter feito expressa referência aos estrangeiros residentes, acabou colocando em pauta a discussão a respeito da extensão da titularidade de direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes no Brasil, bem como sobre a própria definição do que sejam estrangeiros residentes, para, sendo o caso, justificar eventual recusa da titularidade de direitos aos demais estrangeiros (não residentes). Aliás, nesse particular, severas as críticas endereçadas ao constituinte de 1988, por estar aferrado a uma tradição que remonta à primeira Constituição da República (1891), onde já se fazia a distinção entre estrangeiros residentes e demais estrangeiros, excluindo estes da tutela constitucional dos direitos fundamentais.[701] Por outro lado, tal distinção (entre estrangeiros residentes e não residentes), por ter sido expressamente estabelecida na CF, não pode ser pura e simplesmente desconsiderada, podendo, contudo, ser interpretada de modo mais ou menos restritivo, ou seja, ampliando a titularidade e, por conseguinte, a proteção constitucional dos direitos das pessoas, ou excluindo significativa parcela das pessoas da proteção de direitos fundamentais.

Uma primeira alternativa de interpretação mais extensiva guarda relação com a definição de estrangeiro residente e não residente, de tal sorte que, seja em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e universalidade (fundamento aqui adotada), seja aplicando o princípio (próximo, mas não idêntico) do *in dubio pro libertate*, que impõe a interpretação mais favorável ao indivíduo em detrimento do Estado, como estrangeiros residentes são compreendidos todos os que, não sendo brasileiros natos ou naturalizados, se encontram, pelo menos temporaria-

[700] Para uma análise minuciosa e acompanhada de seleção de exemplos, v. por todos J.A.L. Sampaio, *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, p. 604 e ss.

[701] V., dentre tantos, a particularmente enfática crítica de D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 85.

mente, no País, guardando, portanto, algum vínculo de certa duração.[702] Este é o caso, por exemplo, do estrangeiro que trabalha no Brasil, resida com familiares ou mesmo aquele beneficiado com visto de duração superior a do turista ou de outra pessoa que apenas ingresse no País de forma eventual, por exemplo, para visitar amigos ou parentes, atividades profissionais de curta duração, entre outras.

Hipótese distinta é a da extensão da titularidade de direitos fundamentais a qualquer estrangeiro, ainda que não residente, mesmo nos casos em que tal não decorre diretamente de disposição constitucional expressa. Nesse contexto, há que invocar o princípio da universalidade, que, fortemente ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, evidentemente não permite a exclusão generalizada de estrangeiros não residentes da titularidade de direitos, sendo correta a tese de que pelo menos todos os direitos diretamente fundados na dignidade da pessoa humana são extensivos aos estrangeiros. Também aqui assume relevo o que poderia ser chamado de função interpretativa do princípio da universalidade, que, na dúvida, estabelece uma presunção de que a titularidade de um direito fundamental é atribuída a todas as pessoas.[703]

A tese de que em face da ausência de disposição constitucional expressa os estrangeiros não residentes não poderiam ser titulares de direitos fundamentais, podendo apenas gozar dos direitos que lhes forem atribuídos por lei, visto a "consciente omissão" por parte do constituinte de 1988 apenas poderia ser corrigida por emenda constitucional, não pode prevalecer em face do inequívoco (ainda que implícito) reconhecimento do princípio da universalidade, de acordo com a exegese imposta pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Além disso, a recusa da titularidade de direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes, que, salvo nas hipóteses expressamente estabelecidas pela Constituição, poderiam contar apenas com uma tutela legal (portanto, dependente do legislador infraconstitucional) viola frontalmente o disposto no art. 4°, inciso II, da CF, que, com relação à atuação do Brasil no plano das relações internacionais, estabelece que deverá ser assegurada a prevalência dos direitos humanos, posição que inclusive encontra respaldo em diversos julgados do STF.[704] Também aqui deve valer a máxima de que na dúvida há de se assegurar a proteção dos direitos humanos e fundamentais a qualquer pessoa, ainda mais quando a sugerida "consciência da omissão" não corresponde visivelmente, em se procedendo a uma interpretação teleológica e sistemática, à resposta constitucionalmente adequada.

Ainda nesse contexto, por se cuidar de aspecto relativo aos estrangeiros de um modo geral, é preciso destacar que eventual ilegalidade da permanência no Brasil por

[702] Cf. também D. Dimoulis e L. Martins, *idem*, p. 85

[703] Cf. J. de M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, Estoril: Principia Editora, 2007, p. 67. Entre nós, também adotando a tese da interpretação extensiva, especialmente com fundamento na dignidade da pessoa humana, v. G. Marmelstein, *Curso de Direitos Fundamentais*, p. 212 e ss., invocando uma série de precedentes jurisprudenciais adicionais.

[704] Paradigmáticas, Nesse sentido, diversas decisões em matéria de extradição, com destaque para o processo de extradição nº 633, STF, julgado em 28.08.1996, relator Min. Celso de Mello, onde precisamente restou consignado que a condição de estrangeiro não basta para reduzir a pessoa a um estado incompatível com sua dignidade, que lhe confere a titularidade de direitos inalienáveis, inclusive a garantia do devido processo legal. Neste mesmo julgamento, além de considerar aplicáveis ao estrangeiro as garantias da constituição brasileira, naquilo em que aplicáveis na espécie, houve invocação do argumento da necessária interpretação que assegure a prevalência dos direitos humanos, tal qual consignado no art. 4°, inciso II, da CF. Reforçando tal linha argumentativa, V. G. Marmelstein, *Curso de Direitos Fundamentais*, p. 210, ao invocar, com oportunidade o disposto no art. 1° do Pacto de San José da Costa Rica, estabelecendo que titular dos direitos assegurados pela Convenção é todo o ser humano.

si só não afasta a titularidade de direitos fundamentais, embora não impeça (respeitados os direitos, inclusive o do devido processo legal) eventuais sanções, incluindo a deportação ou mesmo extradição.[705]

6.5. O problema da titularidade (individual e/ou coletiva?) dos direitos sociais

Considerando a circunstância de que, especialmente entre nós, há quem defenda que os direitos sociais (como se tais direitos pudessem, também e especialmente para o efeito de sua titularidade, ser submetidos a um regime jurídico-constitucional substancialmente distinto dos direitos designados de civis e políticos!?) são direitos de titularidade coletiva, e não propriamente direitos individuais, julgamos oportuna a inserção deste item com algum destaque no contexto mais amplo da problemática da titularidade dos direitos fundamentais. Não se trata, portanto, de retomarmos nessa quadra outras questões vinculadas ao tema da titularidade dos direitos fundamentais, notadamente no que diz com a eventual distinção entre brasileiros e estrangeiros (em especial os não residentes no país), visto que quanto a este aspecto, designadamente o de uma leitura extensiva da titularidade, inclusiva, pelo menos em regra, dos estrangeiros, não se evidencia maior dissídio doutrinário quanto aos direitos sociais em particular. Em outras palavras, as objeções no que diz com a atribuição da titularidade de direitos sociais a estrangeiros não residentes situam-se, em geral (pois existem exceções sujeitas a controvérsia), no mesmo plano dos argumentos habituais que refutam a tese da universalidade ou outros fundamentos de uma interpretação o mais inclusive possível.

De qualquer modo, apenas para reforçar os argumentos já deduzidos quanto ao ponto (v. item 6.4, supra), resulta evidente que a Constituição Federal de 1988, em vários momentos, expressa ou implicitamente, atribuiu a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade ou de seu vínculo de maior ou menor permanência com o Brasil, como ocorre, por exemplo, no caso do direito à saúde e da tutela do meio ambiente. Com efeito, de acordo com o disposto no art. 196, "a saúde é direito de todos e dever do Estado...", ao passo que, na expressão do art. 225, "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado...". Por sua vez, dispõe o art. 203 que "a assistência social será prestada a quem dela necessitar...", igualmente apontando para uma concepção inclusiva, nesse caso, como dos direitos sociais básicos em geral (art. 6º), ainda mais quando em causa o assim chamado mínimo existencial e a garantia da própria vida e dignidade da pessoa humana, em estreita sintonia, portanto, com o já referido princípio da universalidade.

Aliás, é este precisamente um – embora não o único – adequado ponto de partida para a discussão que aqui se pretende empreender. Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um

[705] Neste ponto, com razão D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 85.

mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada. Aliás, é preciso enfatizar que a convencional, hoje amplamente superada, distinção entre direitos individuais (terminologia habitualmente utilizada para designar os direitos civis e políticos) e direitos sociais, econômicos e culturais, atualmente ampliada pela inserção dos direitos e deveres ambientais, não encontra sua razão de ser na titularidade dos direitos, isto é, na condição de ser, ou não, a pessoa individualmente, sujeito de direitos humanos e fundamentais, mas sim, na natureza e objeto do direito em cada caso. Em verdade, corresponde a uma tradição bastante arraigada, que os direitos individuais (civis e políticos) correspondem aos direitos de cunho negativo (defensivo), com destaque para os direitos de liberdade, que teriam por destinatário o poder público, implicando, por parte deste, deveres de abstenção, de não intervenção na esfera da autonomia individual e dos bens fundamentais tutelados. Os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, igualmente conforme tal tradição, seriam direitos cuja satisfação depende não mais de uma abstenção, mas sim, de uma atuação positiva, de um conjunto de prestações estatais. Aliás, foi justamente com base nesta diferenciação que os assim chamados direitos individuais (ou civis e políticos) acabaram sendo convencionalmente enquadrados numa primeira dimensão de direitos humanos e fundamentais, ao passo que os direitos sociais (aqui compreendidos em sentido amplo) foram referidos a uma segunda dimensão.

Sem que aqui se desenvolvam tais aspectos, o que importa, para efeitos do presente item, é que nem a distinção entre direitos individuais e sociais, nem mesmo a inserção de ambos os grupos de direitos em duas distintas (embora complementares e conexas) dimensões ou gerações – as críticas a tal concepção já foram devidamente articuladas mais atrás – foi em si pautada pelo critério da titularidade individual ou coletiva dos direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais. Pelo contrário, direitos sociais (especialmente em se tratando dos direitos sociais básicos, como no caso da saúde, educação, previdência e assistência social e moradia, assim como no caso dos direitos dos trabalhadores a uma renda mínima, jornada de trabalho limitada etc.) surgiram, embora resultado – como também no caso de boa parte dos direitos civis e políticos – a partir de processos de reivindicação gestados no âmbito dos movimentos sociais – como direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada. Aliás, mesmo a liberdade de associação sindical (apenas uma particular manifestação da liberdade de associação em sentido amplo) e o direito de greve (igualmente uma manifestação da liberdade de reunião, manifestação e expressão), não são tidos como direito exclusivamente coletivos, mas sim, direitos individuais de expressão coletiva (no sentido de uma interação entre a dimensão individual e a do grupo no qual se integra o individuo), visto que abrangem, no mais das vezes, a liberdade "negativa", qual seja, a de não se associar ou de não participar de uma manifestação ou greve, embora a existência, como se sabe, de diferenciações importantes, a depender de cada ordem jurídica concretamente considerada. Em verdade, como bem demonstra José Ledur, a dimensão individual e coletiva (assim como difusa) coexistem, de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva,[706] como

[706] Cf. J. F. Ledur, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 85-86.

ocorre, além dos casos já referidos, dentre outros que poderiam ser colacionados, no caso do mandado de segurança coletivo. Aliás, embora não argumentando com base na generalidade dos direitos sociais, tal linha argumentativa foi desenvolvida também em julgado do Supremo Tribunal Federal, precisamente sustentando a coexistência de uma titularidade individual e coletiva do direito à saúde,[707] sem prejuízo da existência de significativa jurisprudência reconhecendo, há tempo, um direito subjetivo individual a prestações em matéria de saúde.[708]

Em verdade, causa mesmo espécie que de uns tempos para cá, haja quem busque refutar – ainda que movido por boas intenções – a titularidade individual dos direitos sociais, como argumento de base para negar-lhes a condição de direitos subjetivos, aptos a serem deduzidos mediante demandas judiciais individuais. O curioso é que notoriamente se trata de uma nova – e manifestamente equivocada – estratégia para impedir (o que é inaceitável sob todos os aspectos) ou eventualmente limitar (o que acaba sendo menos nefasto, e, a depender dos parâmetros e do contexto, até mesmo adequado) a assim chamada judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle e intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social. Importa destacar, ainda nesse plano preliminar, que não se está aqui a afastar a tese de uma opção preferencial (em sendo possível e adequado) pela tutela judicial coletiva, desde que não impeditiva da tutela individualizada, ainda mais quando não se trata, nesse caso, de afastar a titularidade individual dos direitos sociais, mas sim, de otimizar a proteção judicial e a própria efetividade dos direitos sociais para um número maior de pessoas, temática que igualmente não cabe desenvolver nesse contexto, visto que será objeto de atenção mais adiante.

O que há de ser devidamente enfatizado, é a circunstância de que direitos humanos e fundamentais, sejam eles civis e políticos, sejam eles sociais, econômicos e culturais (assim como ambientais, em certo sentido), são sempre direitos referidos, em primeira linha, à pessoa individualmente considerada, e é a pessoa (cuja dignidade é pessoal, individual, embora socialmente vinculada e responsiva) o seu titular por excelência. Possivelmente o exemplo mais contundente desta titularidade individual dos direitos sociais esteja atualmente associado ao assim designado direito (e garantia) ao mínimo existencial, por sua vez, fundado essencialmente na conjugação entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, e que, precisamente por esta fundamentação, não pode ter sua titularidade individual afastada, por dissolvida numa dimensão coletiva. Nessa perspectiva situa-se o entendimento de Pérez Luño, para quem (recuperando a doutrina de George Gurvitch), embora os direitos sociais (como, aliás, se dá com os demais direitos humanos e fundamentais) sejam direitos da pessoa humana situada no seu entorno coletivo, isto não significa dizer que apenas possam ser exercidos no contexto coletivo (pela ação dos grupos ou coletividades), pois os direitos sociais encontram seu fundamento e sua função na proteção das pessoas no contexto de sua situação concreta na sociedade.[709]

[707] Cf., em caráter ilustrativo, a decisão na suspensão de tutela antecipada 268-9, Rio Grande do Sul, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferida em 22.10.2008.

[708] Cf., no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dentre tantas, o assim considerado *leading case* do AgR-RE n° 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.09.2000.

[709] Cf. A. E. Pérez Luño, "La positividad de los derechos sociales en el marco constitucional", *in: Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 134-135.

Nessa perspectiva, aliás, o exemplo colacionado pelo autor, na mesma passagem, é elucidativo e guarda íntima relação com o argumento relacionado à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial. Com efeito, o direito (humano e fundamental) de uma pessoa idosa ou de um incapaz à assistência tem por escopo imediato e, portanto, primordial (embora não exclusivo), a tutela do interesse individual na subsistência com dignidade, e não no interesse coletivo (ou social, se assim se preferir) na proteção e preservação dos idosos ou incapazes como membros de um grupo determinado, ainda que este interesse também assuma relevância e implique um conjunto de direitos e deveres. No caso do direito à saúde, a situação não diverge substancialmente, visto que a proteção da saúde não pode ser aplicada a todos sem qualquer tipo de distinção, o que não afasta, também neste caso, a possível convivência da dimensão coletiva.[710] Nesse mesmo contexto, calha referir a afirmação de José Felipe Ledur, lembrando que no caso dos direitos sociais, embora em causa esteja a preocupação com o indivíduo como pessoa, assume relevo a condição da pessoa na sua relação com a comunidade, ao passo que nos direitos coletivos, o que sobressai é o conceito de grupo social ou entidade, sendo a coletividade em si que assume a posição de titular, isto é, de sujeito do direito fundamental.[711] Nessa mesma perspectiva, situa-se o entendimento de Gerardo Pisarello, que, reconhecendo uma dimensão tanto individual quanto coletiva dos direitos sociais, igualmente refuta a tese dos direitos sociais compreendidos como direitos de dimensão exclusivamente coletiva, recordando que tanto direitos sociais, quanto direitos civis e políticos protegem bens jurídicos cuja incidência é simultaneamente individualizada e coletiva, como ocorre, no caso dos direitos sociais, com o direito à saúde, o direito à habitação e o direito à proteção ambiental, onde a afetação do direito pode produzir danos individuais e/ou transindividuais. Da mesma forma, no caso dos direitos civis e políticos, verifica-se uma maior ou menor dimensão coletiva, visto que tais direitos encerram também faculdades de associação para o exercício e tutela das liberdades.[712]

Para além de tais aspectos, verifica-se, como igualmente lembra Pérez Luño, que a titularidade dos direitos sociais não pode ser atribuída exclusivamente a grupos ou entes coletivos, já que a função dos direitos sociais corresponde também a assegurar cada pessoa individualmente considerada como desenvolvendo sua existência concreta mediante a integração em determinados grupos, mas com os quais pode situar-se em relação de oposição, designadamente quando presente um conflito de interesses.[713] Sem prejuízo desta faceta, que corretamente aponta para a necessidade de uma distinção entre o indivíduo e o ente (entes) coletivos com os quais interage, e por mais que a tutela coletiva seja uma forma de assegurar a proteção da pessoa na sua individualidade (aliás, é a segurança e, portanto, proteção, que constitui um dos motivos da associação humana), importa agregar que mesmo no âmbito da tutela dos direitos difusos, a perspectiva individual não resulta completamente escamoteada, como, de resto, demonstra a possibilidade de execução individual da sentença obtida

[710] Sobre a dupla dimensão individual e coletiva do direito à saúde, v., amparada em jurisprudência constitucional, S. Juan, "L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé: droit individuel ou collectif?", *in*: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'ètranger* n° 2, 2006, p. 442 e ss.

[711] Cf. J.F. Ledur, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 87.

[712] Cf. G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid: Trotta, 2007, p. 72 e ss.

[713] Cf. A. E. Pérez Luño, "La positividad de los derechos sociales en el marco constitucional", *in*: *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira*, op. cit., p. 149.

em ação coletiva e mesmo a possibilidade de cada pessoa deduzir em juízo eventual pretensão fundada em dano que possui natureza difusa, como é o caso dos danos pessoais (por exemplo, afetando a saúde) provocados por impacto ambiental.

Na esteira do até agora exposto, há que insistir na tese que os direitos sociais não são sociais pelo fato de serem, em primeira linha, ou mesmo exclusivamente, direitos coletivos, no sentido de sua titularidade ser eminentemente coletiva. Os direitos sociais assim foram e têm sido designados por outra razão, mesmo no âmbito da superada distinção entre direitos individuais e direitos sociais, visto que tal distinção não repousa na titularidade coletiva dos direitos sociais, mas na natureza e objeto dos direitos, como, aliás, já frisado. Os direitos sociais, ou foram como tal designados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia do acesso a determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibições de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria – e desequilíbrio – de poder econômico e social. Ainda que não estejamos aqui a esgotar – e nem é esta a pretensão – as justificativas para a designação ainda hoje praticada (embora não isenta de críticas, dada a substancial equivalência entre os diversos direitos fundamentais) – dos direitos sociais, o que importa é que se tenha presente que o fator distintivo não é em si a sua titularidade coletiva, em contraposição aos direitos civis e políticos, que seriam de titularidade individual.

Outra explicação para a atribuição de titularidade coletiva aos direitos sociais (acompanhada da negação da titularidade individual, pelo menos no campo dos direitos sociais mais básicos, como saúde, moradia e educação, por exemplo) é a confusão entre as políticas públicas e os direitos sociais como direitos fundamentais. Retomando aqui as ponderações tecidas no capítulo relativo às funções e classificação dos direitos fundamentais, há que insistir na distinção entre tais categorias. Políticas públicas não se confundem com os direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais e/ou coletivos) que são veiculados por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade de direitos fundamentais. Assim, além do controle da política pública como tal, que evidentemente resulta também na tutela de direitos, cuida-se de algo distinto quando se busca, muitas vezes já com base em determinada política pública (como bem revela o caso da legislação que obriga o poder público ao fornecimento de medicamentos) obrigar o Estado a efetivamente assegurar a prestação ao indivíduo ou conjunto de indivíduos que deixou de ser atendido.

A tese segundo a qual direitos sociais não são, em geral, direitos coletivos, mas sim, precipuamente direitos humanos e fundamentais referidos à pessoa individual, não deve ser compreendida, para espancar qualquer dúvida, como afastando uma dimensão coletiva dos direitos sociais ou mesmo com a circunstância de que direitos sociais podem ser também direitos coletivos e mesmo, em determinadas circunstâncias, difusos, o que se verifica, por exemplo, no caso da conexão entre a proteção da

saúde e a proteção do ambiente, ou mesmo no caso de políticas de saúde voltadas à prevenção e combate a doenças endêmicas. O direito ao trabalho, como direito social ancorado no art. 6°, da CF, fornece um outro bom exemplo para demonstrar a conexão (mas não equivalência) entre uma dimensão individual e coletiva, visto que se refere tanto à garantia de condições de acesso a um trabalho digno para cada pessoa individualmente considerada e na sua proteção no âmbito das relações de trabalho (papel desempenhado pelos direitos dos trabalhadores dos artigos 7° e seguintes da CF), mas apresenta uma face coletiva (transindividual) inequívoca, como fundamento da obrigação estatal de promover políticas que resultem na criação de vagas no mercado de trabalho.[714]

Assim, à vista do exposto, sem que aqui se possa desenvolver mais o ponto, o que se sustenta (de há muito) é que os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, tem uma titularidade simultaneamente individual e transindividual (coletiva).[715]

6.6. Casos especiais: direitos do embrião e o problema da titularidade de direitos fundamentais nos limites da vida

Caso difícil em termos de atribuição de titularidade dos direitos fundamentais é aquele da condição de embrião humano e do nascituro. Desde logo, designadamente quanto aos embriões, impõe-se uma distinção: (a) a dos embriões implantados no útero materno; (b) a dos que se encontram no ambiente laboratorial aguardando o seu destino. Em ambos os casos, a questão está centrada no direito à vida e mesmo na atribuição de dignidade humana a esta vida, assim como o reconhecimento de direitos fundamentais correspondentes.

No caso dos embriões (e fetos) em fase gestacional, com vida uterina, nítida é a titularidade de direitos fundamentais, especialmente no que concerne à proteção da conservação de suas vidas, e onde já se pode, inclusive, reconhecer como imanentes os direitos da personalidade, assim como, em alguns casos, direitos de natureza patrimonial. Na seara da proteção penal de bens fundamentais, situa-se a proibição – ainda que não absoluta – do aborto. Por outro lado, embora a tendência dominante de assegurar à vida intrauterina pelo menos uma proteção jurídico-fundamental objetiva, segue intenso o debate sobre os limites desta proteção, como dá conta, entre nós, a controvérsia a respeito da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia (admitida pelo STF),[716] assim como a discussão – igualmente travada no STF[717] a respeito da legislação sobre biotecnologia, designadamente naquilo que está em causa a determinação do início da vida humana e da sua necessária proteção.

Para os embriões que ainda não se encontram em fase gestacional, portanto, com vida extrauterina, caso, por exemplo, dos embriões excedentes, dos pré-implantados ou conceptUros, a questão é mais delicada e merece especial reflexão, o que, dados os

[714] Cf., em especial, L.F. Ledur, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 87.

[715] No mesmo sentido, mas também com desenvolvimentos particulares, D. W. Hachem. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

[716] STF, ADPF n° 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 12.04.2012.

[717] Cf. ADI n° 3510/DF (julgada em maio de 2008).

limites do comentário, aqui não poderá ser objeto de maior desenvolvimento. Assim, seguem apenas algumas considerações a respeito de alguns argumentos esgrimidos na doutrina e jurisprudência, além de algumas referências à evolução legislativa nacional e internacional. A questão crucial, também aqui, está em determinar quais os limites da vida, o que segue sendo objeto de acirrada controvérsia. Nesse contexto, coloca-se, por um lado, o problema de quais são os limites estritos da vida embrionária extrauterina; por outro, há que definir quais os critérios que marcam o início da vida humana propriamente dita (envolvida aí, a questão da fecundação *in vitro* e a procriação assistida). Da mesma forma, segue sendo discutida a questão de quais os critérios para definir a ocorrência precisa da morte, determinando o final do ciclo vital, típica hipótese em que, a despeito de algumas variações importantes, se está em face de limites nem sempre precisos, tendo em conta que até mesmo as ciências naturais se encontram marcadas por certo grau de incerteza. De qualquer modo, a adoção de um ou de outro critério acaba sendo regulada no plano jurídico-constitucional, especialmente no que diz quando inicia a proteção da vida humana e quais os limites desta proteção.

Tomando-se, no plano do direito comparado, como referência a doutrina e jurisprudência da Alemanha, que, em termos gerais, reconhece, de há muito, a tutela constitucional da vida e da dignidade antes do nascimento,[718] resulta evidente que não se pode reconhecer, simultaneamente, o direito à vida como algo intrínseco ao ser humano e não dispensar a todos os seres humanos igual proteção, numa nítida menção à humanidade do embrião e, com ainda maior razão, à condição humana do nascituro. Tal entendimento, a despeito de importantes variações na doutrina, tem sido majoritariamente consagrado na doutrina brasileira, que igualmente assegura uma tutela constitucional e jusfundamental à vida não nascida (intrauterina), mas também reconhece, em termos gerais, uma (ainda que diferenciada, a depender do autor) proteção à vida embrionária extrauterina.[719] Já no que diz com o reconhecimento – ao embrião e ao nascituro – da condição de pessoa, para efeitos do regulado pelo Código Civil Brasileiro (art. 2°), a situação já se revela diversa, não faltando quem, a despeito de reconhecer uma tutela constitucional da vida nessa fase, recusa a personalidade jurídica.[720]

Com efeito, especialmente a partir do julgamento da ADI n° 3510/DF (j. em 28 e 29.05.09), tendo na relatoria o Min. Carlos Britto, embora reconhecida, em termos gerais, a constitucionalidade dos dispositivos da Lei n° 11.105/2005 impugnados pela

[718] Com efeito, já em 1975 (em decisão que, quanto a este ponto, foi posteriormente ratificada) o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha se manifestava, cuidando da hipótese da interrupção da gravidez, no sentido de que "o processo de desenvolvimento [...] é um processo contínuo que não revela nenhuma demarcação especial e que não permite nenhuma divisão precisa das diferentes etapas de desenvolvimento da vida humana" (BVerfGE, vol. 39). Mais tarde, em 1993, o mesmo Tribunal assentou, em síntese, que onde há vida humana há dignidade humana e onde há dignidade humana há um direito fundamental à vida (BVerfGE vol. 88, p. 203 e ss.).

[719] Cf., por todos, no âmbito da produção monográfica nacional, a recente e atualizada contribuição de S. R. Petterle, *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. V. ainda, contendo uma série de estudos relacionados ao tema, I. W. Sarlet e G. S. Leite (Coords.), *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, São Paulo: Editora Método, 2008. Para uma perspectiva jurídico-penal, imprescindível a consulta aos trabalhos de P. V. S. de Souza, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:* contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais, São Paulo: RT, 2004. Do mesmo autor v. ainda o recente *Direito Penal Genético e a Lei de Biossegurança:* Lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[720] Cf., dentre outros, D. Sarmento, "Legalização do aborto e Constituição", *in*: D. Sarmento e F. Piovesan (Coords.), *Nos limites da vida.* Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 28 e ss.

Procuradoria-Geral da República, ou seja, chancelando, portanto, a possibilidade da utilização, para pesquisa, de células-tronco embrionárias (obtidas de embriões humanos produzidos mediante fertilização *in vitro* e não usados para efeitos do respectivo procedimento), a discussão a respeito da titularidade de direitos fundamentais (com destaque para o direito à vida e tutela da dignidade), por parte das células-tronco, do próprio embrião e da vida intrauterina em geral não resultou em uma doutrina suficientemente conclusiva e clara por parte do Supremo Tribunal Federal, visto que, a despeito da posição majoritária ter acompanhado o relator, a questão da titularidade não chegou a ser abordada em todos os votos.

De qualquer modo, da acirrada controvérsia registrada entre as posições dos julgadores, vislumbra-se que, de acordo com o Ministro Carlos Britto, relator do Acórdão, a titularidade em si de direitos fundamentais (no caso, estava em causa o direito à vida e a dignidade da pessoa) – o que, ainda que não expressamente, acabou tendo o apoio da maioria dos Ministros – está reservada à pessoa, portanto, ao indivíduo nascido com vida. Dentre os votos vencidos, que, em boa parte, sustentaram a necessidade de uma série de restrições e controles em relação à proposta original da lei, destacam-se as posições do Ministro Eros Grau, de cujo voto se infere que, embora a dignidade e sua proteção preexistam ao nascimento com vida, tal proteção não alcança o embrião fora do útero, onde o processo de desenvolvimento vital encontra-se estagnado. Já o Min. Levandowski, mediante minuciosa análise do direito internacional e comparado, invocou, dentre outros fundamentos, os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo artigo 4º/1, dispõe que a proteção da vida se dá desde a concepção, avançando com a proposição de uma dimensão objetiva dos direitos à vida e à saúde, assim como de uma dimensão coletiva de sua titularidade. Em geral, verifica-se que a despeito da divergência quanto a este ponto, a tendência é a do reconhecimento de uma proteção diferenciada da vida na fase intrauterina e mesmo embrionária, em relação à vida do indivíduo já nascido, assim como uma possível dissociação entre uma dignidade da pessoa e da dignidade da vida.

Em outro importante julgamento, no qual esteve em causa a legitimidade constitucional da interrupção da gravidez em casos e anencefalia fetal,[721] novamente a questão da titularidade de direitos fundamentais antes do nascimento com vida foi objeto de discussão. A situação concreta, todavia, ao contrário do que se verificou no caso das pesquisas com células-tronco, diz respeito a uma vida intrauterina, ou seja, de um nascituro propriamente dito. No julgamento acabou prevalecendo a tese de que no caso de anencefalia fetal é legítima a interrupção da gravidez, designadamente em virtude das circunstâncias que justificam tal intervenção, de um lado o grave comprometimento da vida do nascituro (sempre destinado ao óbito, ainda que venha a nascer com vida, em geral instantes depois do nascimento), no outro polo, a dignidade da mãe e mesmo dos pais, em virtude do sofrimento ao qual são submetidos nessa hipótese. Sem que se possa aqui aprofundar a questão, o fato é que embora dois Ministros tenham se pronunciado em favor do reconhecimento de um direito à vida do nascituro, a maioria acabou (ainda que nem todos tenham se manifestado especificamente sobre a questão da titularidade) aderindo ao que já havia sido decidido quando das pesquisas com células-tronco, sufragando, ainda que não de modo claro, a tese de que a titularidade de direitos fundamentais, na condição de direitos subjetivos, se dá apenas com o nascimento com vida. Esta, portanto, a tendência que por ora se verifica no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

[721] Cf. ADPF 54, Relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 13.04.2012.

Assim, é possível afirmar que uma posição conclusiva (no sentido de majoritária e endossada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores) a respeito do problema da titularidade de direitos fundamentais na fase anterior ao nascimento, está ainda por ser desenvolvida, inclusive na esfera doutrinária. De qualquer sorte, ainda que prevaleça a teoria chamada de natalista, adotada pelo Código Civil Brasileiro (artigo 2º), de acordo com a qual a personalidade jurídica é atribuída aos nascidos com vida, trasladando-se tal condição para a esfera da titularidade em matéria de direitos fundamentais, isso não implica uma proteção absoluta da vida do nascituro, pois também o direito à vida do nascido com vida não se revela como sendo um direito absoluto.

Já no outro extremo da vida, merecem atenção diversas hipóteses que envolvem a atribuição da titularidade de direitos fundamentais àqueles que se encontram, pelas mais diversas razões, em situações limítrofes, como é o caso da manutenção artificial da vida, da capacidade de ser titular de direitos (e de quais direitos) nos casos de demência e senilidade aguda, onde a falta de consciência até mesmo de eventuais violações da dignidade e da própria condição pessoal, acaba, tal qual em outras hipóteses, implicando a discussão a respeito de um direito a uma morte digna e, em termos gerais, guarda relação íntima com todo o debate em torno das diversas formas de eutanásia e suicídio assistido. O que se verifica, nessas hipóteses, é de que se trata mais de um problema vinculado à capacidade de exercício (pessoal ou por terceiros), bem como de uma questão relativa à possibilidade de limitação de direitos nessas circunstâncias. Da mesma forma, relevante a discussão sobre a existência, ou não, de deveres de proteção e de qual a sua dimensão. Assim, as controvérsias vinculadas aos direitos fundamentais nas circunstâncias referidas (ou outras similares), não são propriamente, pelo menos em termos gerais, um problema de titularidade de direitos, mas sim dos limites e possibilidades da proteção de determinados direitos. De qualquer modo, não é aqui que tais questões serão desenvolvidas, remetendo-se aqui à relativamente farte e qualificada literatura existente.[722]

Outra hipótese especial a ser brevemente analisada diz com a possível titularidade *post mortem* dos direitos fundamentais, especialmente considerando os efeitos daí decorrentes, sejam individuais ou patrimoniais, inclusive quanto aos reflexos em universalidades de direito, como é o caso da sucessão. No direito constitucional comparado, sempre volta a ser mencionada a assim designada sentença Mefisto do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha,[723] onde se estabeleceu que a obrigação por parte do Estado de tutelar a dignidade da pessoa humana (assim como os direitos de personalidade que lhe são inerentes) não cessa com a morte. Nesse contexto, situam-se, por exemplo, os direitos ao bom nome, à privacidade, à honra, bem como o dever (e direito) de respeito ao cadáver, o direito a um funeral condigno,[724] assim

[722] Sobre o tema, v. entre nós e entre outros, D. Sarmento e F. Piovesan (Coords.), *Nos limites da vida*, contendo uma séria de ensaios sobre o tema.

[723] Cf. BVerfGE (coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal) vol. 30, p. 173 e ss.

[724] Nesse sentido, v., por exemplo, o julgado do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. nº 625161/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior (27.11.2007), onde restou consignado que o devido funeral dado ao morto resulta de sua dignidade. Tal orientação já vinha sendo adotada em decisões anteriores, como dão conta os casos "Garrincha" e "Oreco", respectivamente julgados no REsp 521.697/RJ, rel. Min. César Asfor Rocha (28.09.2003) e no REsp 113.963/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior (20.09.2005).

como a discussão sobre a possibilidade de disposição de órgãos, entre outros. É certo que a própria definição de quando ocorre o evento morte, pressuposto lógico para eventual reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais nessa fase, segue sendo objeto de discussão em diversas áreas do conhecimento, inclusive no campo do Direito (basta apontar para questões ligadas ao transplante de órgãos, interrupção do uso de equipamentos médicos, determinação da abertura da sucessão, entre tantas outras), não sendo, todavia, objeto de atenção neste comentário.

6.7. Pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais

Diversamente de outras Constituições, como é o caso da Lei Fundamental da Alemanha (artigo 19, III) e da Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 12.2), a CF não contém cláusula expressa assegurando a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas (ou entes coletivos, como preferem alguns) o que, todavia, não impediu a doutrina e jurisprudência de reconhecerem, de forma tranquila, tal possibilidade,[725] ressalvada alguma discussão pontual sobre determinadas hipóteses e eventuais limitações decorrentes da condição de pessoa jurídica. Da mesma forma, recepcionada no direito constitucional brasileiro a tese de que as pessoas jurídicas, ao contrário das pessoas naturais (físicas ou singulares) não são titulares de todos os direitos, mas apenas daqueles direitos que lhes são aplicáveis por serem compatíveis com a sua natureza peculiar de pessoa jurídica, além de relacionados aos fins da pessoa jurídica, o que, todavia, há de ser verificado caso a caso. Nesse particular, também ao direito constitucional brasileiro é aplicável, segundo o entendimento aqui adotado, a lição de Jorge Miranda, no sentido da inexistência de uma equiparação entre pessoas jurídicas e naturais,[726] visto que se trata, em verdade, de uma espécie de cláusula (no caso brasileiro, de uma cláusula implícita) de limitação, designadamente de limitação da titularidade aos direitos compatíveis com a condição de pessoa jurídica.[727]

Ainda no que diz o tópico ora versado, verifica-se não serem muitos os casos em que a CF expressamente atribuiu a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas (art. 5°, XXI, art. 8°, III, art. 17, especialmente §§ 1° e 3°, art. 170, IX, art. 207, entre outros), havendo mesmo quem, propondo uma interpretação mais restritiva e apegada ao texto constitucional, no sentido de que na falta de previsão constitucional expressa os direitos da pessoa jurídica, embora reconhecidos por lei, não gozam de proteção constitucional, podendo o legislador infraconstitucional introduzir as limitações que considerar necessárias, inclusive diferenciando o tratamento das pessoas jurídicas e físicas.[728] Tal posição mais restritiva não corresponde, contudo, ao que parece ser a

[725] Cf., aqui por todos, G. F. Mendes, I. M. Coelho e P. G. G. Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 261.

[726] Em sentido oposto, v. D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 97, para quem, "de acordo com uma regra geral, as pessoas jurídicas são equiparadas às físicas", embora reconhecendo que a titularidade de direitos no caso das pessoas jurídicas depende da compatibilidade do direito com a natureza de pessoa jurídica.

[727] Cf, J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 219.

[728] D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 98-99.

orientação majoritária – aqui também adotada –, inclusive por parte do STF,[729] prevalecendo a regra geral de que, em havendo compatibilidade entre o direito fundamental e a natureza e os fins da pessoa jurídica, em princípio (*prima facie*) reconhecida a proteção constitucional, o que, por outro lado, não impede que o legislador estabeleça determinadas distinções ou limitações, sujeitas, contudo, ao necessário controle de constitucionalidade. Convém não esquecer, nessa perspectiva, que a extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas tem por finalidade maior a de proteger os direitos das pessoas físicas, além do que em muitos casos é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança uma melhor proteção dos indivíduos.[730]

Ainda no que diz com a fundamentação jurídico-constitucional do reconhecimento, por parte das pessoas jurídicas, da titularidade de direitos fundamentais, vale agregar, aos argumentos já colacionados, a lição de Benito Aláez Corral, no sentido de que, em larga medida, os próprios grupos sociais (os entes coletivos) são o resultado do exercício, por parte do indivíduo, de determinados direitos fundamentais, como é o caso dos direitos de reunião e associação, cujo objeto somente pode ser assegurado de forma adequada se aos entes coletivos correspondentes for atribuída a titularidade de direitos fundamentais.[731]

Questão bem mais controversa diz com a atribuição de titularidade às pessoas jurídicas de direito público, visto que, em regra, consideradas destinatárias da vinculação dos direitos fundamentais, na condição de sujeitos passivos da obrigação de tutela e promoção dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em termos gerais, as pessoas jurídicas de direito público tem tido recusada a condição de titulares de direitos fundamentais. Todavia, considerando, especialmente em se tratando de um Estado Democrático de Direito, tal qual consagrado pela nossa Constituição, que o Estado e a Sociedade não são setores isolados da existência sociojurídica, sendo precisamente no amplo espaço do público que o indivíduo logra desenvolver livremente sua personalidade, designadamente por meio de sua participação comunitária, viabilizada em especial por meio dos direitos políticos e dos direitos de comunicação e expressão, não há como deixar de reconhecer às pessoas jurídicas de direito público, evidentemente consideradas as peculiaridades do caso, a titularidade de determinados direitos fundamentais.[732]

Com efeito, a exemplo do que tem sido reconhecido no âmbito do direito comparado, onde o tema tem alcançado certa relevância, também no direito constitucional brasileiro é possível identificar algumas hipóteses atribuindo a titularidade

[729] Dentre uma série de decisões do STF reconhecendo a titularidade de direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas, destaca-se um julgado que assegurou o benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica que comprovar a insuficiência de recursos para custear as despesas do processo, sem prejuízo de suas atividades essenciais (v. Rcl. – ED-AgR 1905/SP. Rel. Min. Marco Aurélio, 15 de agosto de 2002), não admitindo, todavia, a apresentação de mera declaração no sentido da falta de condições.

[730] Nesse sentido, por todos, A. R. Tavares, *Curso de direito constitucional,* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 439.

[731] Cf. B. Aláez Corral, "Los sujetos de los derechos fundamentales", *in*: *Teoría general de los derechos fundamentales*, op. cit.

[732] Adotando uma linha de argumentação similar, por não vislumbrar razão, dada a necessária permeabilidade entre a esfera estatal e social no âmbito de um Estado Democrático de Direito, registra-se a posição de B. Aláez Corral, "Los sujetos de los derechos fundamentales", *in*: *Teoría general de los derechos fundamentales...*, p. 90, ao propor que, em regra, não seja traçada distinção entre pessoas jurídicas de direito privado e pessoas jurídicas de direito público, de tal sorte que a todas as pessoas jurídicas deve ser atribuída a titularidade de todos os direitos fundamentais que sejam compatíveis com a sua condição de pessoa jurídica.

de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público,[733] o que se verifica especialmente na esfera dos direitos de cunho processual (como o de ser ouvido em Juízo, o direito à igualdade de armas – este já consagrado no STF – e o direito à ampla defesa),[734] mas também alcança certos direitos de cunho material, como é o caso das Universidades (v. a autonomia universitária assegurada no art. 207 da CF), órgãos de comunicação social (televisão, rádio etc.), corporações profissionais, autarquias e até mesmo fundações, que podem, a depender das circunstâncias, ser titulares do direito de propriedade, de posições defensivas em relação a intervenções indevidas na sua esfera de autonomia, liberdades comunicativas, entre outros.

Ainda que não de modo generalizado e a despeito da controvérsia registrada a respeito deste ponto, especialmente no direito constitucional comparado, também aos entes despersonalizados e a determinadas universalidades é de ser atribuída a titularidade de determinados direitos fundamentais, como dão conta os casos da sucessão, da família, entre outros. Da mesma forma, digno de nota é o caso do povo judeu ou mesmo outros povos e nações (curdos, armênios etc.), aos quais é possível atribuir a titularidade de direitos fundamentais, como o direito à honra e a sua reparação.[735]

6.8. Direitos dos animais e de outros seres vivos? O problema da titularidade de direitos fundamentais para além da pessoa humana

Levando em conta o avanço significativo das discussões em torno da tutela constitucional do meio ambiente, a superação de uma perspectiva prevalentemente antropocêntrica, bem como o crescente reconhecimento, inclusive pelo direito constitucional (e infraconstitucional) positivo, de uma tela constitucional específica dos animais, tanto no direito internacional, quanto no direito comparado e brasileiro (a CF, no seu art. 225, inc. VII, contém dispositivo expresso impondo a proteção da fauna e da flora), coloca-se o debate em torno da atribuição da titularidade de direitos fundamentais a outros sujeitos que não os humanos, havendo inclusive quem – e já há certo tempo – defenda a existência de direitos dos animais, similares aos direitos da pessoa humana.[736] Nesse contexto, embora o direito constitucional positivo não reconheça

[733] Sobre o tópico v. especialmente, para maior desenvolvimento, no âmbito da doutrina brasileira, J. A. L. Sampaio, *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, p. 636 e ss.

[734] Cf. G. F. Mendes, I. M. Coelho e P. G. G. Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 262.

[735] A título de exemplo, que, de resto, encontrou acolhida em várias ordens jurídicas, costuma ser mencionada a atribuição da titularidade do direito à honra ao povo judeu, como dá conta, na Espanha, a Sentença do Tribunal Constitucional nº 214/1991. No âmbito do direito brasileiro, é possível vislumbrar na decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no emblemático (embora altamente polemizado) caso "Ellwanger", onde estava em causa o enquadramento, no tipo penal do racismo, a publicação de obras ofensivas ao povo judeu, designadamente envolvendo, entre outros aspectos, a negação do extermínio planejado e massificado do povo judeu praticado pela ditadura nacional-socialista (holocausto). Cf. HC 82424RS, Rel. para o Acórdão Min. Maurício Correia, julgado em 17.09.2003.

[736] Dentre a já relativamente farta literatura, vale conferir os diversos estudos que integram a coletânea organizada por C. Sunstein e M. Nussbaum (Ed.), *Animal Rights.* Current Debates and New Directions, New York: Oxford University Press, 2004. Em língua portuguesa, v., por todos, F. Araújo, *A hora dos direitos dos animais*, Coimbra: Almedina, 2003. Entre nós, remete-se a obra coletiva de C. A. Molinaro, F. L. F. Medeiros, I. W. Sarlet e T. Fensterseifer (Orgs.), *Dignidade da Vida: Os direitos fundamentais para além da pessoa humana*, Belo Horizonte: Editora Forum, 2008, igualmente contendo um número significativo de atualizadas contribuições de autores brasileiros e estrangeiros, com destaque para os artigos de Cass Sunstein e Martha Nussbaum, extraídos da coletânea dos mesmos autores, v. ainda, T. Fensterseifer, *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Ad-

direta e expressamente direitos fundamentais como direitos subjetivos aos animais, no sentido de serem estes titulares de direitos desta natureza, o reconhecimento de que a vida não humana possui uma dignidade, portanto, um valor intrínseco, e não meramente instrumental em relação ao Homem, já tem sido objeto de chancela pelo Direito, e isto em vários momentos, seja no que concerne à vedação de práticas cruéis e causadoras de desnecessário sofrimento aos animais, seja naquilo em que se vedam práticas que levem à extinção das espécies, e não pura e simplesmente por estar em risco o equilíbrio ecológico como um todo, que constitui outra importante (mas não a única) razão para a tutela constitucional, pelo menos tal qual previu o constituinte brasileiro.[737] Certo é que mesmo a prevalecer a tese de que não há como atribuir aos seres vivos não humanos, especialmente aos animais, na condição de seres sensitivos, a titularidade de direitos humanos, o reconhecimento da fundamentalidade (e mesmo dignidade!) da vida para além da humana implica pelo menos a existência de deveres – fundamentais – de tutela (proteção) desta vida e desta dignidade.[738] Ainda que não haja consenso a respeito da matéria, especialmente sobre se o que existe é apenas uma tutela jurídico-objetiva da vida não humana, ou se existe uma titularidade subjetiva de direitos fundamentais, que apenas não poderiam ser exercidos "pessoalmente", no plano processual, pelos seus titulares, o fato é que já existem diversas decisões judiciais, inclusive do STF, reconhecendo, como decorrência também do direito fundamental a um meio ambiente saudável e dos dispositivos constitucionais versando sobre a proteção da fauna, a necessária proteção dos animais, ainda que em detrimento do exercício de determinados direitos ou interesses de pessoas ou grupos humanos.[739]

vogado, 2008, embora se trate de abordagem mais abrangente, bem como F. Medeiros, *Direito dos Animais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

[737] Cf. I. W. Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 36. Explorando esta "dimensão ecológica" da dignidade da pessoa e a atribuição de dignidade à vida animal, v., ainda, T. Fensterseifer, "Dignidade e Ambiente: a dignidade da vida para além do animal humano?", *in*: A. H. Benjamin (Org/Ed), *Direitos Humanos e Meio Ambiente*, vol.1, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 915 e ss., bem como – privilegiando a noção de um "mínimo existencial ecológico" –, no mesmo volume, C. A. Molinaro, "Mínimo existencial ecológico e o princípio da proibição de retrocesso ambiental", p. 427 e ss. F. Medeiros, *Direito dos Animais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. V., ainda, F. L. F. de Mederos; J. Weingartner Neto; S. Rodrigues Petterle, Animais não-humanos e a vedação da crueldade: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural. Canoas: Ed. Unilasalle, 2017.

[738] Esta a orientação protagonizada, dentre outros, por V. P. da Silva, *Verde cor do Direito.* Lições de Direito do Ambiente, Coimbra: Almedina, 2002, especialmente p. 25 e ss.

[739] Neste particular, ilustrativa a decisão prolatada no RE 153531/SC, STF, Rel. Min. Marco Aurélio (03/06/1997), onde foi proibida a prática da assim designada "farra do boi", manifestação popular tradicional em certas regiões de Santa Catarina, por manifestamente contrária com o mandamento constitucional que veda que os animais sejam submetidos a práticas cruéis, nesse mesmo sentido, insere a decisão do STF, na ADI 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 06/10/2016, na qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei do Estado do Ceará que legalizava a prática da assim chamada "vaquejada".

7. Dos deveres fundamentais

7.1. Notas introdutórias

Os *deveres fundamentais* – como já referido – guardam íntima (embora não exclusiva) vinculação com a assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Com efeito, já foi assentado que os direitos fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover. É nesse sentido que não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca. Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta a redação do art. 5°, *caput*, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional.

A despeito disso, o tema dos *deveres fundamentais*, como oportunamente averbou Casalta Nabais, é reconhecidamente, salvo algumas exceções, um dos mais "esquecidos" pela doutrina constitucional contemporânea,[740] não dispondo de um regime constitucional equivalente (ou mesmo aproximado) àquele destinado aos *direitos fundamentais*. No âmbito da doutrina constitucional brasileira, os deveres fundamentais não tiveram destino diferente, sendo praticamente inexistente o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. Em boa parte, tal evolução encontra razão de ser na configuração do próprio Estado de Direito e do que se poderia designar de uma "herança liberal",[741] no sentido de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não intervenção na sua esfera pessoal, conduzindo à primazia quase absoluta dos "direitos subjetivos" em detrimento dos "deveres".[742] Tal hipertrofia dos direitos, por outro lado, guarda conexão com a

[740] J. C. Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo, Coimbra: Almedina, 1998, p. 15. A obra de Nabais, em que pese a temática tributária de fundo, é seguramente a principal obra em língua portuguesa sobre deveres fundamentais, tendo o autor desenvolvido uma teoria geral dos deveres fundamentais nos primeiros capítulos da sua obra, p. 15-181.

[741] J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 162.

[742] J. C. Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 16.

noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, o que, na perspectiva do Estado Social, acabou desafiando uma mudança. Em virtude da necessidade de moderação do excessivo individualismo, bem como o caráter demasiado liberal atribuído à ideia de Estado de Direito, contemplando, dessa maneira, os elementos sociais e os deveres econômicos, sociais e culturais.[743]

O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, "um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais",[744] portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais. Com efeito, as limitações aos direitos fundamentais não se encontram unicamente fundamentadas na ordem subjetiva das liberdades ou direitos dos outros particulares (como propõe a teoria liberal burguesa ou clássica dos direitos fundamentais), mas também por razões de ordem objetiva, representadas pelas justas exigências da moral, da ordem pública e do bem numa sociedade democrática.[745] Foi o reconhecimento dos direitos sociais e ecológicos que, já no âmbito do Estado Social, acabou levando a um fortalecimento da noção de deveres fundamentais, além de caracterizar o direito à igual repartição dos encargos comunitários demandados pela existência e pelo funcionamento da comunidade estatal.[746]

Tecidas essas considerações preliminares, é preciso, antes de avançar, clarificar que nesse capítulo não estamos tomando a noção de deveres em sentido amplo, ou seja, abarcando os deveres de proteção estatais (que foram objeto de item próprio) e os deveres fundamentais dos cidadãos.[747] Já por esta razão, mas também pelo fato de que há quem sustente uma distinção entre deveres fundamentais e deveres constitucionais,[748] categoria ainda mais ampla, visto que sugere uma diferenciação entre deveres fundamentais e deveres simplesmente constitucionais, que, além disso, pode novamente ser dividida em deveres típicos dos órgãos estatais e deveres fundamentais das pessoas. Admitindo-se tais distinções como possíveis, a partir dos critérios subjacentes que as justificam, não se está – é bom frisar – a desconsiderar a imbricação entre as diversas categorias de deveres. Basta lembrar, nesse sentido e a título de mera ilustração, que tanto o Estado quanto os particulares podem estar vinculados por deveres de proteção, embora, a depender da natureza do destinatário do dever e das peculiaridades do objeto, existam aspectos distintivos a serem observados.

[743] J. C. Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 59.

[744] J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, p. 155.

[745] J. C. Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 30-31.

[746] J. C. Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 49-50.

[747] É o que, por exemplo, admite J. Loureiro, "Genética, Moinhos e Gigantes: Quixote Revisitado. Deveres Fundamentais, "sociedade de risco" e biomedicina", *in: Derecho y Genética: Um reto de la sociedad del siglo XXI*, Edición a cargo de Agustín Jorge Barreiro, Madrid, p. 32 e ss.

[748] Cf., dentre outros, F. R. Llorente, "Los deberes constitucionales (1)", *in:* REDC n° 62 (2001), p. 11 e ss. Em sentido similar, v. R. de Assis Roig, *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1991, p. 395 e ss., embora utilizando a terminologia de obrigações fundamentais e constitucionais.

7.2. Tipologia dos deveres fundamentais

Uma primeira distinção entre os diversos tipos de deveres costuma ser traçada levando em conta a existência de *deveres conexos ou correlatos* (aos direitos) e *deveres autônomos*, cuja diferença reside justamente no fato de que os últimos não estão relacionados diretamente à conformação de nenhum direito subjetivo, ao passo que os primeiros tomam forma a partir do direito fundamental a que estão atrelados materialmente. Os direitos fundamentais a um ambiente equilibrado e à saúde, por exemplo, constituem típicos direitos-deveres, pois os deveres fundamentais de proteção do ambiente e de promoção da saúde encontram-se vinculados de forma direta ao comando normativo-constitucional que prevê os direitos fundamentais em questão, conforme é possível depreender do conteúdo do disposto no art. 225, *caput*, bem como no art. 196, ambos da CF, cuidando-se, portanto, de típicos deveres do tipo conexo ou correlato. Nessa linha de entendimento, colaciona-se decisão do STF reconhecendo também o *dever de solidariedade* que se projeta a partir do direito fundamental ao ambiente, gerando uma obrigação de tutela ambiental por parte de toda a coletividade (ou seja, particulares) e não apenas por parte do Estado.[749] O direito fundamental ao ambiente, portanto, como também tem sustentado abalizada doutrina,[750] atua simultaneamente como "direito" e "dever" fundamental, o que, de resto, decorre do próprio o conteúdo normativo do art. 225 da CF, especialmente em relação ao texto do seu *caput*, que dispõe de forma expressa sobre o dever da coletividade "de defender e preservar o ambiente" para as presentes e futuras gerações.

O mesmo poderia ser afirmado em relação ao dever da família com a educação (art. 208, CF). Já os deveres fundamentais de pagar impostos, de colaborar na administração eleitoral, de prestar serviço militar, entre outros, são deveres usualmente reportados à categoria dos deveres autônomos. No direito constitucional positivo brasileiro, tal elenco pode ser acrescentado dos deveres autônomos de votar, que é obrigatório para os maiores de 18 anos e menores de ou iguais a 70 anos (art. 14, § 1º, CF). De outra parte, há hipóteses mais difíceis de enquadrar numa ou noutra categoria, como é o caso, por exemplo, do exercício do direito de propriedade de acordo com a sua função social (art. 5°, XXIII, CF), que para alguns sequer constitui um autêntico dever fundamental, mas sim, um limite constitucional da propriedade.[751] O entendimento mais adequado, todavia, nos parece ser o de enquadrar a função social da propriedade no grupo dos deveres fundamentais conexos, pela sua íntima vinculação ao direito de propriedade, o que também ocorre no caso da função ecológica da propriedade.

Assim como os direitos fundamentais, os deveres podem apresentar conteúdo de natureza defensiva ou prestacional, na medida em que imponham ao seu destinatário um comportamento positivo ou um comportamento negativo. Assim, é possível afirmar a existência de *deveres fundamentais defensivos (ou negativos)* e *deveres fundamentais prestacionais (ou positivos)*. No entanto, a complexidade inerente a alguns deveres fundamentais (o que também ocorre com alguns direitos fundamentais) não permite o seu enquadramento exclusivo em uma das categorias referidas, precisamente em função da presença dos dois elementos, como é o caso dos deveres de defesa e promoção da saúde, de defesa do ambiente e de defesa do patrimônio cultural.[752]

Outra distinção relevante, também utilizada para os direitos fundamentais, diz com a diferenciação entre *deveres expressos e deveres implícitos*, visto que, diversamente do que ocorre com os direitos, no caso dos deveres fundamentais, são poucas as hipóteses de deveres que tenham sido expressamente estabelecidos no texto constitucional. Embora seja correto afirmar que a existência de deveres implícitos tem sido majoritariamente aceita, não há consenso fechado a respeito de quais seriam estes deveres implícitos. Da mesma forma, questiona-se a tese se a cada direito em espécie corresponde um dever fundamental, pelo menos de natureza implícita, o que implicaria, em outras palavras, reconhecer uma relação de correspondência direta e absoluta entre direitos e deveres fundamentais.[753] Em outras palavras, haveria sempre pelo menos tantos deveres fundamentais quanto direitos, sem prejuízo da existência de deveres autônomos.

A existência de deveres conexos a direitos (deveres-direitos e direitos–deveres, a depender da ênfase), como bem lembra Gomes Canotilho, não afasta a circunstância de que os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional autônoma, especialmente por não poderem ser confundidos com as restrições e limitações de direitos fundamentais, ainda que possam servir de justificativa constitucional para eventuais limitações ou restrições.[754]

7.3. O regime jurídico-constitucional dos deveres fundamentais

No plano normativo-constitucional pátrio, a Constituição Federal, no Capítulo I do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), fez menção expressa aos deveres na própria epígrafe do capítulo dos "Dos direitos e deveres individuais e coletivos". A despeito da redação do texto, já ficou suficientemente demonstrado que a categoria dos deveres fundamentais não se limita a deveres em relação a direitos individuais (no sentido de direitos de liberdade) mas alcança também deveres de natureza política, bem como deveres sociais, econômicos, culturais e ambientais. Em termos gerais, no que diz com o seu conteúdo, o regime jurídico dos deveres fundamentais guarda sintonia com o regime jurídico dos direitos fundamentais, guardadas, é claro, as distinções entre as diferentes dimensões de direitos fundamentais, bem como a sua natureza defensiva ou prestacional. Nesse sentido, é possível afirmar que os deveres

[749] ADIN 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello (01/09/2005).

[750] Reforçando a ideia em torno da função mista de direito e dever consubstanciada na norma do art. 225 da Constituição, Cf. F. L. F. Medeiros, *Meio ambiente*: direito e dever fundamental, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32-33. No mesmo sentido: A. P. Gavião Filho, *Direito fundamental ao ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005 e O. P. B. Teixeira, *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Por último, v. T. Fensterseifer, *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[751] Nesse sentido, D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 78, embora a divergência entre o pensamento dos dois autores da obra, já que tal não é o entendimento do primeiro autor, que reconhece a existência de um dever fundamental.

[752] J. C. Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 112.

[753] Cf. D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 79, novamente sustentando posições divergentes entre si.

[754] J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 320-321.

fundamentais podem – a depender do caráter da norma jurídico-constitucional que os fundamenta – ter eficácia e aplicabilidade imediatas, mas que tais características, no plano dos deveres, devem, a depender da hipótese, ser compreendidas de modo distinto do que ocorre com os direitos fundamentais. Com efeito, especialmente quando se cuidar da imposição, diretamente deduzida de deveres fundamentais (sem mediação legislativa) de sanções de natureza penal, administrativa e mesmo econômica, há que ter a máxima cautela e render sempre a devida homenagem ao princípio da legalidade e seus diversos desdobramentos, entre outros. De qualquer modo, é preciso reconhecer que no direito comparado, prevalece o entendimento de que, diversamente do que ocorre com os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias, que são diretamente aplicáveis (ainda que nem sempre exequíveis), os preceitos relativos aos deveres fundamentais, de acordo com a posição dominante, são apenas indireta ou mediatamente aplicáveis.[755]

Importa consignar, nessa quadra, que o art. 5°, § 1°, da CF, dispõe serem imediatamente aplicáveis as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que evidentemente permite uma leitura distinta quando estiverem em causa normas impositivas de deveres. Ainda assim, a despeito da orientação prevalente em Portugal e em outras ordens jurídicas,[756] há de se distinguir a aplicabilidade imediata comum às normas constitucionais em geral, pelo menos no que diz com o reconhecimento de alguns efeitos (designadamente a revogação de legislação anterior manifestamente contrária e a inconstitucionalidade de atos estatais posteriores), da necessidade de mediação legislativa para determinados fins, como, em caráter ilustrativo e consoante já frisado, a imposição de algumas sanções. Cuida-se, de qualquer sorte, de tema ainda em fase de desenvolvimento no direito brasileiro e que aqui não poderá, pelo menos por ora, ser mais explorado.

De outra parte, embora, conforme já enfatizado, os deveres não possam ser confundidos com os limites e as restrições aos direitos fundamentais, tais restrições podem ser justificadas a partir dos deveres fundamentais, designadamente em prol do interesse comunitário (ou da assim designada *responsabilidade comunitária dos indivíduos*) prevalente, desde que preservado o núcleo essencial dos direitos,[757] visto que os deveres não justificam, por si, uma prevalência apriorística do interesse público sobre o particular. A dimensão normativa dos deveres fundamentais determina tanto a limitação de direitos subjetivos como também a redefinição do conteúdo desses, como ocorre, por exemplo, com a imposição constitucional do cumprimento da função social da propriedade.[758] Em outra passagem da sua obra, Vieira de Andrade acentua que os deveres fundamentais, mesmo aqueles aparentemente associados ou

[755] J. C. Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 148, bem como G. C. Villar, Los deberes constitucionales, *in*: F. B. Callejón, (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, 5ª ed, Madrid: Tecnos, 2010, p.432-33.

[756] Na Alemanha, onde o tema provavelmente tenha obtido o maior desenvolvimento doutrinário, pelo menos na perspectiva da dogmática constitucional, igualmente, embora não seja afastada, por completo, a aplicabilidade direta das normas impositivas de deveres, no sentido da possível extração de efeitos mesmo sem prévia regulamentação legal, em geral prevalece o entendimento de que os deveres fundamentais, Nesse sentido, dependem de tal regulamentação, precisamente para salvaguarda dos direitos fundamentais e princípios fundamentais do Estado de Direito. Nesse sentido, por todos, v. H. Hofmann, "Grundpflichten und Grundrechte", *in*: J. Isensee e P. Kirchhof, *HbStR* V, p. 344 e ss.

[757] I. W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 162.

[758] F. K. Comparato, "Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade". *In:* J. J. Strozake (Org.), *A questão agrária e a justiça*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 130-147.

conexos a direitos, constituem, na maioria dos casos, uma realidade autônoma e exterior ao direito subjetivo, embora, na medida em que são explicitações de valores comunitários, possam fundamentar a limitação dos direitos fundamentais em geral.[759] A partir da conformação dos deveres e dos valores comunitários correspondentes, estaria justificada uma interpretação restritiva do próprio direito fundamental, o que interfere diretamente no seu conteúdo, e que o autor português denomina de "deveres imanentes",[760] não podendo, é claro, em nenhuma hipótese a limitação ser total, já que o núcleo essencial do direito fundamental ("limite dos limites") restará sempre preservado. De modo ilustrativo, parece pertinente a relação entre direito fundamental à propriedade e função social da propriedade, ambos com residência no catálogo dos direitos fundamentais, na forma de um poder-dever ou direito-dever.

Nesse mesmo contexto, da relação entre os deveres fundamentais (aqui compreendidos como – também – atuando como fundamentos da restrição de direitos) com os direitos fundamentais, importa que se deixe consignado que, em geral, mesmo aqui não se poderá falar de uma relação simétrica, visto que os deveres fundamentais, ainda mais quando não forem conexos (mas mesmo neste caso, ressalvadas as peculiaridades) não implicam a possível restrição de um determinado direito, mas podem resultar na restrição de vários direitos fundamentais, como bem demonstra o já referido exemplo da função (dever) social da propriedade.[761]

Tendo em conta que a aplicação dos deveres implica limitação da dimensão subjetiva de direitos, é importante ressaltar a consideração obrigatória do *princípio da proporcionalidade*, assegurando que todas as medidas tomadas em nome dos deveres (limitação ou redefinição do conteúdo de direitos fundamentais) estejam ajustadas ao sistema constitucional, resguardando, além disso, sempre o núcleo essencial do direito fundamental afetado.[762]

[759] J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, p. 165.

[760] Idem, ibidem.

[761] Cf., nesse sentido, por todos, H. Hofmann, "Grundpflichten und Grundrechte", *in*: J. Isensee e P. Kirchhof, *HbStR* V, p. 347.

[762] J. C. Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 145.

2ª PARTE

O problema da eficácia dos direitos fundamentais

1. Introdução: colocação do problema e distinções nas searas conceitual e terminológica

O termo "eficácia" engloba indubitavelmente uma múltipla gama de aspectos passíveis de problematização e análise, ainda que esta se restrinja ao direito constitucional, constituindo, além disso, ponto nevrálgico para o estudo da Constituição, na medida em que intimamente vinculado ao problema da força normativa de seus preceitos. A controvérsia, aliás, alcança inclusive a própria utilização do termo "eficácia", bem como os diversos sentidos que ao mesmo podem ser atribuídos. Desde já, em face até mesmo da opção temática efetuada, centrar-nos-emos na problemática da eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, mesmo cientes de que tal empreitada desafia um tratamento sistemático e de tal sorte aprofundado, que inevitavelmente não poderá ser exaurido neste estudo. Assim sendo, limitar-nos-emos a pinçar alguns dos principais problemas que a matéria suscita, até mesmo para que não venhamos a recair em excesso de superficialismo. A permanente atualidade do tema decorre, ao menos entre nós, não apenas da necessidade de reavaliar-se a farta e excelente produção doutrinária oriunda, em sua maioria (ressalvados alguns textos mais atualizados), do sistema constitucional anterior, à luz da Constituição vigente, quanto do eterno desafio de outorgar à ordem constitucional e, de modo especial, aos direitos fundamentais nela consagrados sua plena operatividade e eficácia, como condição para sua efetividade.

De acordo com o que dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Esse dispositivo inovador, que tem suscitado acirrada controvérsia no seio de nossa doutrina e de nossa jurisprudência, deverá assumir o lugar de honra no âmbito de nossa investigação, constituindo, como teremos oportunidade de verificar, precioso instrumento colocado à disposição dos direitos fundamentais pelo Constituinte. Antes, porém, torna-se imperiosa certa uniformização nas searas terminológica e conceitual, na medida em que também neste plano não se registra consenso[1]. Nesse mesmo contexto, sem

[1] Nesse sentido, cumpre referir a oportuna advertência efetuada por J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 285, ainda sob a égide da Constituição de 1946. Ressalte-se que a obra de Meirelles Teixeira, inobstante publicada como livro apenas há alguns anos (após a morte do autor), em edição compilada e revista pela Profa. Maria Garcia, foi redigida sob a forma de lições policopiadas, no decorrer dos anos 50 e 60, precedendo até mesmo a merecidamente prestigiada obra de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, cuja primeira edição data de 1968. Nesse sentido, dos autores habitualmente citados, é sem dúvida Meirelles Teixeira a

que se pretenda adentrar maiores controvérsias, traçar-se-ão igualmente as distinções entre algumas das categorias habitualmente referidas pelos autores, para que também neste plano possamos trabalhar com base em fórmulas uniformes e padronizadas.

Importa salientar, ainda, que a doutrina pátria tradicionalmente tem distinguido – e nesse particular verifica-se substancial consenso – as noções de vigência e eficácia, situando-as em planos diferenciados. Tomando-se a paradigmática lição de José Afonso da Silva, a vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente (após regular promulgação e publicação), tornando-a de observância obrigatória, de tal sorte que a vigência constitui verdadeiro pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz.[2] Todavia, convém não esquecer a íntima correlação entre as noções de vigência e validade, havendo quem defina a validade da norma como uma qualidade decorrente do cumprimento regular (no sentido de conforme ao ordenamento jurídico) de seu processo de formação, identificando, nesse sentido, a validade com a própria existência da norma.[3] Afastando-se ainda mais das concepções referidas, situa-se o entendimento do constitucionalista fluminense Luís Roberto Barroso, que, partindo da distinção entre existência (considerada como a presença dos elementos constitutivos – agente, forma e objeto – do ato normativo e que configuram seus pressupostos materiais de incidência) e validade, define essa última como a conformação do ato normativo aos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico no que concerne à competência, adequação da forma, bem à licitude e possibilidade de seu objeto, noção esta que, segundo sustenta, não se confunde com a vigência de uma norma, que se traduz na sua existência jurídica e aplicabilidade.[4]

A despeito de outras definições que poderiam ser aqui referidas, verifica-se que até mesmo no que diz com a vigência, validade e existência da norma não é possível encontrar-se uma *communis opinio* no seio da doutrina. De acordo com a nossa proposta inicial, no sentido de não aprofundar essa controvérsia, importa fixar, desde logo, uma posição uniforme para efeitos do presente estudo. Nesse contexto, optamos por identificar a noção de existência da norma com a de sua vigência (no que nos aproximamos do entendimento de Meirelles Teixeira e José Afonso da Silva), ressaltando, todavia, que esta (a vigência) necessariamente não se confunde com a validade (conformidade com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento no que concerne à produção da norma), já que – e nisto assiste razão a Luís R. Barroso –, independentemente de sua validade, a norma pode ter entrado em vigor e, nesse sentido, ter integrado a ordem jurídica (ter existido). Inobstante os respeitáveis entendimentos em contrário, comungamos do ponto de vista segundo o qual a posterior invalidação do

quem, entre nós, se deve a primeira incursão profunda e crítica sobre o tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, propondo uma revisão da doutrina clássica de inspiração norte-americana com base em concepções desenvolvidas por juristas germânicos da época de Weimar e de autores italianos do porte de um Crisafulli e outros.

[2] Cf. J. A. da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 42. No mesmo sentido já lecionava J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 286, para quem vigente "é toda norma regularmente promulgada, enquanto não derrogada por outra norma, incidindo, portanto, sobre os fatos, situações e comportamentos por ela previstos e regulados. Em resumo: vigência significa o modo específico de existência das normas jurídicas". Em outra passagem de sua obra (p. 288 e 289), o autor oportunamente aponta para a circunstância de que alguns autores utilizam a expressão validez no mesmo sentido de vigência, havendo, inclusive, quem identifique esse termo com o de eficácia.

[3] Nesse sentido, F. Piovesan, *Proteção Judicial*, p. 45-6, arrimada em lição de Tércio S. Ferraz Júnior e Hans Kelsen.

[4] Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 79-81.

ato normativo mediante a declaração de sua inconstitucionalidade formal ou material (independentemente de se tratar de nulidade absoluta ou mera anulabilidade, isto é, dos efeitos que se atribuem à invalidação) opera no plano da validade, e não no de sua existência (vigência).

Num aspecto, contudo, constata-se certo consenso, na medida em que não parecem subsistir dúvidas a respeito da distinção entre a vigência (existência e/ou validade) e a eficácia, seja qual for o sentido que a essa última se vá atribuir. Partindo desta premissa e conscientes de que entre a vigência e a eficácia da norma constitucional existe uma correlação dialética de complementariedade,[5] é preciso clarificar em que sentido pretendemos valer-nos da expressão "eficácia", ressaltando que essa costuma ser vinculada à noção de aplicabilidade das normas jurídicas. Por outro lado, corrente a distinção entre as noções de eficácia jurídica e social, identificando-se essa última com o conceito de efetividade.[6] A esse respeito, há que tecer algumas considerações, para que também nesse particular possamos, a partir do próximo capítulo, adentrar o exame propriamente dito da problemática da eficácia dos direitos fundamentais.

De acordo com a concepção já clássica de José Afonso da Silva, nada obstante a íntima conexão entre ambos os conceitos, há que distinguir entre a eficácia social da norma (sua real obediência e aplicação no plano dos fatos) e a eficácia jurídica, que, segundo sustenta o ilustre publicista pátrio, "designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade".[7] Constata-se, portanto, que, de acordo com essa concepção, a eficácia social se confunde com a noção de efetividade da norma. De acordo com o que leciona Luís R. Barroso, "a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social".[8]

Para essa mesma corrente doutrinária, não há como dissociar, por outro lado, a noção de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, na medida em que

[5] Cf. a lição de M. H. Diniz, *in: Constituição de 1988: Legitimidade. Vigência e Eficácia. Supremacia*, p. 67, com base na doutrina de M. Reale.

[6] Assim, por exemplo, procede J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 48 e ss., secundado pela ampla maioria na doutrina pátria.

[7] Cf. J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 55-6, que, além disso, exemplifica a distinção efetuada chamando a atenção para o fato de que uma norma pode perfeitamente possuir eficácia jurídica (como, por exemplo, o de revogar normas anteriores), mas não alcançar efetividade, isto é, não ser socialmente eficaz, caso não for cumprida no plano social. Convém ressaltar que, antes de José Afonso da Silva, tal entendimento já era – em que pesem ligeiras discrepâncias no que concerne à formulação – sustentado por J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 289 e ss., para quem a eficácia jurídica ou aplicabilidade (o autor equipara as duas noções) consiste na "qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular desde logo, em maior ou menor escala, as situações, relações e comportamentos de que cogita", ao passo que a eficácia social consistiria na real observância da norma pela comunidade, na sua efetiva aplicação no plano dos fatos. Nesta mesma linha posicionaram-se, mais recentemente, L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 81 (que define a eficácia como a aptidão do ato jurídico para irradiar os efeitos que lhe são inerentes), bem como F. Piovesan, *Proteção Judicial*, p. 47 e ss., que – partindo das lições de Kelsen, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Michel Temer – igualmente comunga o ponto de vista de que a eficácia jurídica corresponde à possibilidade de aplicação da norma (às condições técnicas de sua atuação), ressaltando que a eficácia social diz com a efetiva aplicação da norma aos casos concretos. Na linha aqui adotada, comungando da posição de J. A. da Silva, situa-se também – nesse ponto – a recente contribuição de P. R. Schier, *Filtragem Constitucional*, p. 76, em sugestivo trabalho sobre a força normativa da Constituição.

[8] Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 83.

a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a consequente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Como leciona José Afonso da Silva, "eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Essa se revela, assim, como a possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos".[9]

Em sentido próximo, aderindo à distinção entre eficácia e aplicabilidade, registra-se a posição de Virgílio Afonso da Silva, advogado que embora haja uma conexidade evidente entre ambos os conceitos, não se trata de uma relação de pressuposição, visto ser possível que uma norma dotada de eficácia não tenha aplicabilidade, especialmente em função de a aptidão para a produção de efeitos ser algo definido em plano diverso do qual se discute o problema da aplicação. Mais adiante, o autor agrega que a aplicabilidade, ao contrário da eficácia, é um conceito que envolve uma dimensão fática, pois guarda relação com a "conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro",[10] de tal sorte que, mediante tal linha argumentativa e a despeito de reconhecer a distinção, acaba por se afastar da posição advogada por José Afonso da Silva.

Sem que se pretenda aqui aprofundar a discussão, para efeitos do presente estudo, optamos por aderir – no que convergem tanto José Afonso da Silva e Virgílio Afonso da Silva, quanto a doutrina majoritária – à distinção entre eficácia e aplicabilidade, embora o façamos de um modo mais afinado com a justificação e sentido habitual, portanto, privilegiando, nesse particular, a linha argumentativa de José Afonso da Silva, já sumariamente apresentada. Com efeito, partimos da premissa de que eficácia e aplicabilidade são noções conexas, como (em simplificada comparação) as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar de norma eficaz e destituída de aplicabilidade, o que não quer dizer que, em sendo aplicável, venha a ser aplicada ou mesmo a forma como se dará a aplicação, se direta ou indireta. De tal sorte, sempre que fizermos referência ao termo "eficácia jurídica", o faremos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada, ainda que não exista uma identidade entre ambas as noções. Mais próximos, talvez, de José Afonso da Silva (quanto a esse aspecto), consideramos que uma norma eficaz é sempre aplicável, mas poderá não ser aplicada, portanto, poderá não alcançar eficácia social ou efetividade, o que já nos remete a outra distinção cada vez mais polemizada.

Ainda que as considerações tecidas correspondam ao que se pode denominar de opinião preponderante no seio de nossa doutrina, há que fazer referência – pela posição de destaque ocupada no rol dos nossos publicistas mais ilustres – à posição crítica de Eros Roberto Grau, que propõe uma revisão e reformulação da noção de eficácia e efetividade à luz da Constituição de 1988, partindo do pressuposto de que a decisão pela aplicação do Direito no caso concreto constitui, na verdade, uma decisão pela

[9] Cf. J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 49-50.

[10] Cf. V. A. da Silva, *O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 278.

sua execução, isto é, pela sua efetivação.[11] Para além dessa constatação, o referido autor tende a se afastar dos posicionamentos tradicionais adotados entre nós, quando advoga o ponto de vista de que a eficácia social (para utilizar a expressão habitual) não se situa no plano da aplicação da norma (como leciona José Afonso da Silva), mas que se manifesta – ou não – após o momento da aplicação, já que nada garante que as decisões – normas individuais de conduta – tomadas pelo Judiciário (como instância primordialmente incumbida do poder-dever de realizar o Direito, aplicando-o aos casos concretos) sejam efetivamente cumpridas pelos seus destinatários, tampouco garantindo que sejam realizados os fins buscados por elas.[12]

À luz destas considerações, há como sustentar a íntima vinculação entre as noções de eficácia jurídica e social (efetividade), a primeira constituindo pressuposto da segunda, sem que, por outro lado, se possam desconsiderar as evidentes distinções entre uma e outra. Além disso, independentemente da terminologia que se possa adotar, há que retomar aqui a já referida e perspicaz ponderação do ilustre Professor Eros Roberto Grau, que apontou para a circunstância de que a decisão pela aplicação do Direito constitui, em última análise, uma opção pela sua efetivação, que não se pode confundir com o fato de que, uma vez tornado efetivo o Direito – isto é, aplicado ao caso concreto – esse venha a ser executado pelos destinatários, atingindo a finalidade prevista na norma.

Em sentido diverso, mas igualmente crítico em relação à distinção traçada por José Afonso da Silva entre as noções de eficácia jurídica e a eficácia social (ou eficácia e efetividade) das normas constitucionais, importa colacionar, em apertada síntese, as objeções apresentadas dor Virgílio Afonso da Silva, que, especialmente mediante referência às lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr., observa que não há como sufragar um conceito estritamente jurídico de eficácia, visto que a produção de efeitos de uma norma depende sempre de outras variáveis, que não apenas e somente o dispositivo constitucional e legal, inclusive por serem sempre passíveis de restrição ou regulamentação.[13] Tal linha de entendimento, todavia, ao menos assim o parece, faz com que o autor (Virgílio Afonso da Silva) acabe por cair em contradição em relação às ponderações tecidas quando da defesa de uma distinção entre eficácia e aplicabilidade. Com efeito, se para Virgílio Afonso da Silva "[a]aplicabilidade [...] é um conceito que envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia",[14] então ou a noção de eficácia é estritamente jurídica, ou, em não o sendo, as variáveis das quais depende não incluem uma dimensão fática. De qualquer modo, é um ponto a exigir maior clarificação e que aqui merece um rápido registro.

A despeito da acuidade das ponderações levadas a efeito por Eros Grau e Virgílio Afonso da Silva, ambas criticando a concepção de eficácia jurídica de José Afonso da Silva, embora por razões não idênticas, e ainda que substancialmente corretos os argumentos, entendemos ser possível, com as devidas ressalvas, manter, para efeitos de um acordo semântico, uma distinção possível entre eficácia jurídica e eficácia social ou efetividade. Em primeiro lugar, cuida-se de eficácia (e aplicabili-

[11] Cf. E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 314 e ss.

[12] Cf., novamente, E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 317 e ss.

[13] Cf. V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p 301 e ss.

[14] Cf. J. R. Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 96 e ss.

dade) de normas constitucionais, e não de textos (dispositivos) constitucionais pura e simplesmente, de tal sorte que, levando em conta que a norma não se confunde com o texto e é resultado sempre de uma operação externa ao texto (ainda que mais ou menos referida a este), na concepção de eficácia jurídica aqui adotada, a noção de que se cuida da aptidão de uma norma para gerar efeitos não é (e nem parece que a posição de José Afonso da Silva tenha de ser interpretada necessariamente desta forma) única e exclusivamente dependente do texto constitucional ou legal. De outra parte, assume-se como correta a evidente interface entre eficácia jurídica e eficácia social (efetividade), de tal sorte que a diferenciação traçada e aqui tida como viável, até mesmo para permitir um corte metodológico, assumindo, de resto, uma feição que não deixa de ter um sentido didático, não pretende simplesmente (muito antes pelo contrário) desconsiderar a relevância de fatores externos ao texto normativo. De qualquer modo, a aptidão da norma para gerar efeitos e ser aplicada, segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se por meio da atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do Juiz.

O que importa, portanto, é que tenhamos sempre presentes essas premissas ao efetuarmos a distinção entre eficácia jurídica e social. Mantendo-se, portanto, a terminologia usual e já consagrada em nosso meio, há que compreendê-la, contudo, de forma ligeiramente diversa.

Assim sendo, para efeitos deste estudo, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. Não obstante reconheçamos a pertinência das críticas tecidas por Eros Roberto Grau, optamos pela adesão à concepção clássica da eficácia jurídica, já que não se pode esquecer que, independentemente de uma decisão em favor da aplicação do Direito – que apenas irá ocorrer em face dos casos concretos e na medida em que estes forem surgindo –, a norma jurídica vigente sempre será potencialmente aplicável e, por via de consequência, apta (ainda que em tese) a gerar efeitos. Na verdade, o que não se pode esquecer é que o problema da eficácia do Direito engloba tanto a eficácia jurídica, quanto a social. Ambas – a exemplo do que ocorre com a eficácia e a aplicabilidade – constituem aspectos diversos do mesmo fenômeno, já que situados em planos distintos (o do dever-ser e o do ser), mas que se encontram intimamente ligados entre si, na medida em que ambos servem e são indispensáveis à realização integral do Direito.

Após essa tomada de posição no que concerne aos aspectos conceituais e terminológicos, há que definir qual a dimensão da eficácia a ser enfrentada nesta segunda parte do trabalho. Aqui também se impõe uma opção, visto que o estudo de todos os aspectos ligados à eficácia (jurídica e social) dificilmente poderia ser conciliado com um mínimo de profundidade e rigor científico que o tema merece. Em que pese a existência de diversas monografias e artigos de valor sobre o problema da eficácia jurídica das normas constitucionais no direito pátrio, acreditamos que o tema continua a merecer a dedicação dos estudiosos do direito constitucional, seja em virtude do tempo decorrido entre a publicação das primeiras obras sobre ele, seja em razão do

objeto específico deste trabalho. Com efeito, como frisado alhures, não é nossa intenção aprofundar a problemática da eficácia das normas constitucionais em geral, mas, sim, situar e avaliar o problema específico dos direitos e garantias fundamentais nesta seara. Todavia – convém lançar a advertência – julgamos oportuno iniciar com uma sinopse das principais posições adotadas, entre nós, a respeito da aplicabilidade e da eficácia das normas constitucionais, até para que nos seja possível uma tomada de posição no que tange a esse aspecto. De modo especial, ainda no campo da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, pretendemos dispensar particular atenção aos diferentes efeitos que estes geram em virtude de sua aplicabilidade imediata, consagrada no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, além de perquirir o efetivo alcance desta disposição. Destacaremos, nesse contexto, a problemática vinculada à possibilidade de deduzir, das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, posições jurídicas subjetivas, enfrentando, de tal sorte, o problema da efetiva justiciabilidade dos direitos fundamentais, que assume especial relevância no campo dos direitos de cunho prestacional. Ainda nesta segunda parte, lançaremos breve olhar sobre a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, aspecto de suma importância no que concerne à sua eficácia jurídica e que, além disso, pouco tem sido versado entre nós. No âmbito do que se poderia denominar de eficácia protetiva dos direitos fundamentais, teceremos algumas considerações em torno do problema das restrições aos direitos fundamentais, analisando, nesse contexto, também a proteção dos direitos fundamentais em face da atuação do poder de reforma constitucional e da assim chamada proibição de retrocesso.

Por derradeiro, observe-se que a relevância dos pontos referidos fala por si e demonstra a inviabilidade de adentrarmos também a esfera da eficácia social dos direitos fundamentais (sobretudo os direitos a prestações sociais), que, dentre outros aspectos, exigiria uma análise minuciosa de todos os instrumentos jurídico-políticos disponíveis em nossa ordem jurídica para tornar efetivos os direitos.[15] O fato de nos concentrarmos na eficácia jurídica dos direitos fundamentais não significa, outrossim, que não venhamos a fazer referência – na medida do necessário – ao problema de sua efetivação, já que, eventualmente, com o objetivo de fundamentar nossas posições, lançaremos mão de um ou outro exemplo mais ligado a esta dimensão da eficácia. Cumpre lembrar, mais uma vez, a íntima conexão entre a eficácia jurídica e social, noção esta que devemos sempre ter presente em nossa análise. Não esqueçamos, nesse sentido, que, ao tratarmos da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, nos situamos, em verdade, na ante-sala de sua efetivação, razão pela qual o adequado enfrentamento dos problemas suscitados naquela esfera pode facilitar em muito o trabalho dos que buscam soluções para a efetiva realização dos direitos fundamentais.

---

[15] Dentre os diversos instrumentos previstos no direito constitucional pátrio – e aqui nos situamos apenas na esfera dos mecanismos jurisdicionais –, cumpre destacar o complexo e amplo sistema de controle da constitucionalidade instituído pelo Constituinte de 1987-88, sem mencionar os vários remédios constitucionais específicos (*habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular etc.).

2. A problemática da eficácia das normas constitucionais em geral no âmbito do direito constitucional brasileiro: principais concepções e tomada de posição pessoal

2.1. As concepções clássicas

O tema da eficácia das normas constitucionais tem ocupado lugar de destaque na doutrina pátria, de modo especial a partir da Constituição de 1891. Desde então, pode-se afirmar que, ao menos até por volta dos anos sessenta do século passado, isto é, por mais de setenta anos, dominou, entre nós (e não apenas no que diz com a eficácia das normas constitucionais) a doutrina de Ruy Barbosa, um dos idealizadores da ordem constitucional republicana. Pela importância do pensamento de Ruy e pela influência que boa parte de suas ideias ainda hoje exerce, cumpre relembrar alguns aspectos essenciais desta concepção. Importa ressaltar, nesse contexto, que Ruy Barbosa, entusiasta do modelo norte-americano, se inspirou preponderantemente nas obras dos grandes clássicos do direito constitucional estadunidense, bem como nas decisões da Suprema Corte e outros importantes Tribunais daquele país, acolhendo a distinção entre normas autoaplicáveis (ou auto executáveis) e normas não autoaplicáveis (ou não auto executáveis), denominadas pela doutrina americana, respectivamente, de normas *self-executing*, *self-acting*, ou *self-enforcing* e normas *not self-executing*, *not self-acting*, ou *not self-enforcing*.

No que diz com o primeiro grupo, o das normas autoaplicáveis (ou auto executáveis), Ruy Barbosa firmou posição no sentido de que normas autoaplicáveis seriam aquelas que estariam aptas a gerar seus efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador, já que seu conteúdo se encontra devidamente determinado. Nas palavras do próprio Ruy, baseado em lição de George Tucker, executáveis por si mesmas "são, portanto, as determinações, para executar as quaes, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquellas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria

natureza, dos meios de execução e preservação".[16] Em outra passagem, citando posição da Suprema Corte norte-americana, Ruy Barbosa sustenta "que uma disposição constitucional é executável por si mesma, quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio suppletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime".[17] Já no que concerne às normas não autoaplicáveis (ou não auto executáveis), Ruy Barbosa, aqui também se valendo das lições do constitucionalista norte-americano G. Tucker, salienta que muitas normas constitucionais requerem uma ação do legislador para tornar efetivos os seus preceitos, visto que "não revestem dos meios de acção essenciaes ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu criterio, os habilite a se exercerem".[18] Com base nestas distinções, Ruy Barbosa conclui citando passagem extraída da obra de Cooley, para quem "pode-se dizer que uma disposição constitucional é autoexecutável (*self-executing*), quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é autoaplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei."[19]

Há que ressaltar, ainda, que Ruy Barbosa – no âmbito de sua teoria sobra as normas constitucionais – reconheceu que é com base na formulação da norma, isto é, da expressão literal de seu enunciado e de seu conteúdo, que se logrará perceber se determinado preceito constitucional é dirigido ao legislador ou se pode ser objeto de aplicação pelo Judiciário, o que, em última análise, depende da circunstância de a norma exigir (ou não) uma concretização em nível legislativo, de acordo com a sua possibilidade de, por si só, gerar efeitos jurídicos ou do fato de conter apenas princípios de cunho genérico.[20] Com base nesse entendimento, Ruy Barbosa chegou à conclusão de que cada norma constitucional apenas é autoaplicável na medida em que efetivamente permite a sua aplicação, o que, por sua vez, se encontra na dependência direta de seu grau de completude.[21]

A doutrina de Ruy Barbosa, diretamente importada do direito constitucional norte-americano (inclusive no que tange aos exemplos colacionados), foi seguida, entre nós, por várias décadas. Entre os seus representantes mais ilustres, podemos citar o nome de Pontes de Miranda, que – apesar de seguir susbtancialmente o

[16] Cf. R. Barbosa, *Commentários II*, p. 488.

[17] Cf. R. Barbosa, *Commentários II*, p. 492. Nesse contexto, cumpre salientar que, dentre as normas autoaplicáveis, o autor refere, de modo especial, as normas de natureza proibitória e os direitos e garantias individuais (p. 481-8).

[18] Cf. R. Barbosa, *Commentários II*, p. 488-9.

[19] Novamente cf. R. Barbosa, *Commentários II*, p. 495. Dentre as normas não autoaplicáveis, o autor menciona as normas de competência e as que criam instituições.

[20] Cf. R. Barbosa, *Commentários II*, p. 494, que, para fundamentar sua posição, transcreveu a seguinte passagem de aresto da Suprema Corte do Estado de Washington (caso Anderson v. Whatcom County): "A questão, em cada espécie, vem a ser se a linguagem do texto constitucional se dirige aos Tribunaes ou aos legisladores. Indicará ella que a disposição fosse destinada a constituir uma norma posta desde logo em effeito, como já completa na sua plenitude cabal de lei definitiva? Ou denotará que aguardava, para se applicar, a legislação ulterior? É o que se ha de apurar, estudando-se-lhe, não só o contexto da redacção, mas tambem a natureza intrinseca do conteúdo. Se a natureza e extensão do direito conferido, ou do encargo imposto, se acham definidas tão inteiramente no proprio texto, que, para os averiguar, baste o exame, a intelligencia dos seus proprios termos, e se na linguagem delles não ha indicio nenhum de que a materia foi confiada à acção legislativa, então se deverá concluir que a disposição é executável por si mesma."

[21] Cf. R. Barbosa, *Commentários II*, p. 492.

esquema proposto por Ruy Barbosa – propôs uma terminologia diferenciada, além de ter desenvolvido alguns aspectos inovadores, de tal sorte que também nesse campo trouxe contribuição marcada pela sua habitual originalidade. Nesse sentido, Pontes de Miranda, cuja terminologia apresenta o mérito de ressaltar com maior precisão o critério com base no qual pauta a distinção entre as normas no que concerne à sua eficácia e aplicabilidade, também sustentava (a exemplo de Ruy Barbosa) a classificação das normas em dois grupos, dependendo de seu grau de completude, sustentado, nesse particular, existência de normas bastantes em si mesmas, que independem de concretização legislativa para alcançarem sua plena eficácia, bem como de normas incompletas, isto é, não bastantes em si mesmas e que, por esse motivo, reclamam atuação do legislador infraconstitucional.[22] Cumpre salientar, ainda, que ao contrário de Ruy Barbosa, Pontes de Miranda reconheceu a existência de normas constitucionais programáticas, como uma decorrência do fracasso do modelo liberal de Estado, reconhecendo a estas um certo grau de cogência, na medida em que cerceiam a atividade do legislador, que não pode contrariar o programa estabelecido pela Constituição.[23]

Verifica-se, portanto, que Pontes de Miranda, apesar de substancialmente ainda agregado ao modelo clássico, já vinha preparando o terreno para uma revisão crítica desta doutrina e, nesse sentido, abrindo caminho para as novas concepções que passarem a ser formuladas nesta área.

2.2. A crítica da concepção clássica de inspiração norte-americana e sua reformulação: resenha das principais concepções na literatura jurídica nacional

A teoria de Ruy Barbosa, em que pese sua inegável importância e seus aspectos positivos, passou a ser objeto, entre nós (de modo especial a partir da década de cinquenta), de acirrada crítica, não correspondendo mais ao modelo preponderante no âmbito de nossa doutrina, além de manifestamente incompatível com o direito constitucional positivo desde a Constituição de 1934, de cunho notadamente social e programático, aspectos que desde então caracterizam o nosso constitucionalismo. Sua revisão e reformulação ocorreram com base, principalmente, no pensamento de alguns dos principais publicistas italianos do segundo pós-guerra, mas também à luz das lições de juristas alemães da época de Weimar. Enquanto a concepção clássica partia da premissa de que a maior parte das disposições constitucionais não era diretamente aplicável sem a intervenção do legislador infraconstitucional, a doutrina atual parte da constatação de que a maioria das normas constitucionais constitui direito plena e diretamente aplicável.[24]

A concepção clássica da classificação das normas constitucionais em autoaplicáveis e não autoaplicáveis foi objeto de crítica já no que tange ao aspecto terminológico, na medida em que a expressão "autoaplicável" transmite a falsa impressão

[22] Cf. P. de Miranda, *Comentários I*, p. 126.

[23] Cf., novamente, P. de Miranda, *Comentários I*, p. 127.

[24] Nesse sentido, a lição de J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 76.

de que essas normas não podem sofrer qualquer tipo de regulamentação legislativa, quando, pelo contrário, não se controverte a respeito da possibilidade de regulamentação das normas diretamente aplicáveis, para que possam ter maior executoriedade ou com o objetivo de serem adaptadas às transformações e às circunstâncias vigentes na esfera social e econômica.[25] Nesta mesma linha de raciocínio, situa-se a crítica dos que se opõem à concepção clássica, de inspiração norte-americana, quando consideram insustentável o entendimento de que as normas denominadas de não autoaplicáveis (ou não autoexecutáveis) não produzem efeito algum, uma vez que completamente destituídas de aplicabilidade direta, argumentando que inexiste norma constitucional destituída de eficácia, na medida em que toda e qualquer norma da Constituição sempre é capaz de gerar algum tipo de efeito jurídico.[26] Verificou-se, portanto (lição que permanece atual), que uma norma não autoaplicável, mesmo tendo caráter eminentemente programático e contendo princípios de natureza geral, no mínimo estabelece alguns parâmetros para o legislador, no exercício de sua competência concretizadora.[27]

Nesse particular, há que retomar a lição do grande Ruy Barbosa, que, apesar de advogar o ponto de vista de acordo com o qual as normas não autoaplicáveis dependem da atuação do legislador para alcançarem eficácia, já advertia que "não ha, numa Constituição, clausulas, a que se deva attribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas tem a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de acção essenciaes ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competencias, attribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu criterio, os habilite a se exercerem".[28] Ainda que a conclusão não mais possa ser aceita sem os reparos já efetuados, a premissa de que partiu o inesquecível mestre se revela de inequívoca atualidade. Ressalte-se, ainda nesse contexto, que mesmo a doutrina e a jurisprudência constitucional norte-americanas não se mantiveram fiéis aos postulados clássicos relativos ao problema da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais. Nesse sentido, parece-nos oportuna a transcrição da seguinte passagem extraída de decisão proferida pela Suprema Corte em 1958 (caso Trop v. Dulles): "Os preceitos da Constituição não são adágios gastos pelo tempo ou contra-senhas destituídas de sentido. São princípios vitais e vivos, que autorizam e limitam os poderes governamentais em nossa nação. Eles são regras de governo. Quando a constitucionalidade de um ato do Congresso é questionada perante este Tribunal, devemos aplicar essas regras. Se não o fizermos, as palavras da Constituição nada mais serão do que bons conselhos".[29]

[25] Cf. a lição de J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 313, para quem mesmo as normas denominadas de autoaplicáveis (ou ato-executáveis) não se exaurem "numa plenitude de execução imediata".

[26] Assim já lecionava, entre nós, J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 313. No mesmo sentido, v. J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 65-6.

[27] Cf. também J. H. Meirelles Texeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 313-4, que, nesse contexto, chama a atenção para a circunstância de que mesmo no âmbito da doutrina clássica já se sustentava que cada norma constitucional é executável até onde seja, realmente, suscetível de execução, residindo a maior dificuldade justamente na determinação deste limite da executoriedade, isto é, na verificação de quais os efeitos parciais imediatos possíveis de cada norma. Saliente-se que o citado autor estende sua crítica igualmente à terminologia utilizada por Pontes de Miranda.

[28] Cf. R. Barbosa, *Commentários II*, p. 489, arrimado em lição de George Tucker.

[29] Citação traduzida livremente com base na versão original em inglês e tradução para o espanhol extraída da obra de E. G. de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 71. Segue o texto em inglês: "The provisions of the Constitution are not time-worn adages or hollow shibboleths. They are vital, living principles that

Outra crítica tecida relativamente às concepções clássicas diz com a utilização do critério da completude de conteúdo, como parâmetro para a classificação das normas constitucionais em normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis. Com apoio nas lições de Crisafulli, sustentou-se, entre nós, que cada norma constitucional é, em certa medida, incompleta, já que, quando de sua aplicação aos casos concretos, reclama – em virtude de seu grau de abstração e generalidade – uma atividade exegética, o que ocorre mesmo com as normas diretamente aplicáveis, que igualmente podem conter conceitos vagos e imprecisos, de tal sorte que é possível falar em normais mais ou menos completas, isto é, em graus de completude normativa.[30] Por outro lado – tal como observa Meirelles Teixeira –, esta crítica não deveria ser encarada de forma por demais severa, "pois quando se fala em norma completa, tal conceito se refere a uma aptidão da norma para significar e produzir seus efeitos essenciais, não todos os efeitos possíveis".[31]

De outra parte, há que destacar a crítica que atribui às concepções clássicas uma natureza anacrônica, desvinculada da realidade vigente, na medida em que cunhada e aplicável apenas sob a égide das Constituições de matriz liberal, sendo, portanto, incompatível com o constitucionalismo social dominante em nosso século, no qual assume relevo o caráter programático de parte das normas constitucionais, estabelecendo uma atuação positiva aos poderes públicos na esfera socioeconômica,[32] além de revelar, também sob esse aspecto, que a doutrina clássica de longe não fornece a melhor e única solução para o problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

Dentre as concepções doutrinárias que, partindo das críticas recém-colacionadas, contribuíram para uma reformulação da doutrina clássica, além de apresentarem alguma sugestão para a problemática da eficácia das normas constitucionais, podemos iniciar com a que pode ser considerada a primeira e, talvez, uma das mais originais, qual seja, a de José Horácio Meirelles Teixeira. Para este autor, até pouco tempo desconhecido de boa parte do público nacional, toda e qualquer norma constitucional alcança algum tipo de eficácia, de tal sorte que a eficácia das normas constitucionais pode ser considerada de natureza gradual, isto é, variando entre um mínimo e um máximo.[33] Com base nesta constatação, Meirelles Teixeira sugeriu uma classificação das normas constitucionais em dois grupos, quais sejam, normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida, sendo que o primeiro grupo corresponderia às normas que – valendo-nos da formulação do autor – "produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria

authorize and limit governmental powers in our nation. They are rules of government. When the constitutionality of an Act of Congress is challenged in this Court, we must apply those rules. If we do not, the words of the Constitution become little more than good advise."

[30] Nesse sentido, J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 314-5, secundado por boa parte da doutrina que o sucedeu, como, por exemplo, J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 66.

[31] Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 315.

[32] Nesse contexto, situam-se as críticas de J. H. Meirelles Texeira, *Curso de Direito Constitucional*, p, 315-6, bem como de J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 66.

[33] Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 316-7, principalmente baseado nas lições do jurista italiano Vezio Crisafulli.

que lhes constitui objeto".[34] Já por normas de eficácia limitada ou reduzida, Meirelles Teixeira concebe "aquelas normas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário".[35] Esclarece Meirelles Teixeira que as normas de eficácia plena não se caracterizam por uma completa exaustão no que diz com seus efeitos, mas, sim, pelo fato de gerarem, desde logo, os seus efeitos essenciais (no sentido de especialmente visados pelo Constituinte), podendo, nesse sentido, ser consideradas como dotadas de normatividade suficiente, ao passo que as normas de eficácia limitada não se encontram em condições (pela sua insuficiente normatividade) de produzir, desde logo e por si só – isto é, independentemente da intervenção do legislador – seus principais efeitos.[36]

Sem que se vá aqui adentrar a interessante análise efetuada por Meirelles Teixeira no que diz com os diversos efeitos que podem ser gerados pelas normas constitucionais (seja de eficácia plena, seja de eficácia limitada), até porque tais aspectos serão oportunamente retomados, na medida do necessário, importa consignar, ainda, que o citado autor divide as normas de eficácia limitada em dois grupos, que, respectivamente, denomina de normas programáticas e de legislação, as primeiras versando sobre matéria de natureza eminentemente ética e social, constituindo verdadeiros programas de ação destinados ao legislador ordinário, enquanto as normas de legislação (como, por exemplo, as normas organizacionais e de competência), destituídas do caráter ético-social das normas programáticas, dependem – para alcançar sua eficácia plena – de legislação concretizadora, em virtude de uma necessidade de natureza técnica (instrumental), já que, em princípio, regulam de forma direta a matéria que constitui seu objeto, sendo, contudo, insuscetíveis de aplicação imediata, por reclamarem normas legislativas instrumentais às quais se acham condicionadas.[37]

A próxima tentativa de sistematização do problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais em nosso país (e a que maior receptividade teve), igualmente embasada nas críticas tecidas em relação às concepções clássicas, é da autoria do ilustre publicista de São Paulo, Prof. José Afonso da Silva, autor da já citada monografia sobre a "Aplicabilidade das Normas Constitucionais",[38] que – segundo consta – pela primeira vez formulou, entre nós, uma teoria tricotômica da eficácia.[39]

[34] Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 317.

[35] Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 317 e ss., salientando que as normas de eficácia plena incidem direta, imediatamente e de modo pleno sobre a matéria que lhes constitui objeto, ao passo que as normas de eficácia limitada incidem sobre a matéria que lhes constitui objeto, mas de forma parcial ou totalmente mediata (ou indireta), relegando ao legislador ordinário a tarefa de lhes dar a plena operatividade. Em outra passagem da mesma obra (p. 318-9), Meirelles Teixeira justifica a terminologia proposta, salientando que as normas de eficácia plena costumam ser denominadas – entre outras expressões utilizadas – também de normas "preceptivas" ou "operativas", ou normas de "eficácia imediata ou atual". Critica, ainda, o mestre paulista, a utilização para as normas de eficácia limitada, da expressão "eficácia diferida", na medida em que todas as normas (inclusive as de eficácia limitada) geram sempre algum tipo de efeito imediato.

[36] Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 320-1.

[37] Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 323 e ss.

[38] Não desconhecemos – cumpre frisá-lo – a existência de diversas reedições da obra, já adaptada ao direito constitucional positivo vigente, edição posterior à primeira edição deste livro. De qualquer modo, em que pesem alguns aspectos isolados, o eminente publicista pátrio não alterou substancialmente sua posição, notadamente no que diz com o ponto ora versado, embora tenha atualizado e ampliado o texto e buscando, especialmente partir da 7ª ed. (2007) responder às críticas endereçadas por alguns autores.

[39] Cf. F. Piovesan, *Proteção Judicial*, p. 57.

Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos, quais sejam: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Normas de eficácia plena seriam aquelas que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem da atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena operatividade, já que, "desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou indiretamente, quis regular".[40] Já as normas de eficácia contida, dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, "são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados".[41] As normas do terceiro grupo (de eficácia limitada) caracterizam-se essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, não tendo recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para, por si só e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos, reclamando, por esse motivo, a intervenção legislativa. Ressalte-se que as normas de eficácia limitada englobam tanto as normas declaratórias de princípios programáticos, quanto as normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios, que definem a estrutura e as funções de determinados órgãos e instituições, cuja formatação definitiva, contudo, se encontra na dependência do legislador ordinário.[42]

Uma terceira importante classificação das normas constitucionais com base no critério de sua aplicabilidade e eficácia foi proposta por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, que igualmente imprimiram à matéria um toque original, razão pela qual não podem deixar de ser referidos no âmbito desta resenha. Diversamente de seus antecessores, partem ambos os autores de um outro critério para formularem sua proposta de classificação e sistematização das normas constitucionais, qual seja, o do modo de incidência das normas constitucionais (a maneira pela qual a norma regula a matéria sobre a qual incide), considerando este como pressuposto da eficácia, já que esta supõe um mínimo de aptidão normativa para atuar no plano fático.[43] De acordo com este critério, bem como em face da possibilidade, ou não, de o legislador interferir na regulamentação da matéria pela Constituição, as normas constitucionais podem ser divididas em normas inintegráveis (ou de mera aplicação), que – de acordo com a formulação dos autores – "encerram uma formulação jurídica de núcleo inelástico, ou impermeável a outro querer normativo de grau hierárquico menor",[44] bem como em normas integráveis (ou de integração), que podem ser definidas como "regras vocacionadas para um consórcio com a vontade legislativa inferior",[45] abrangendo as normas restringíveis e as completáveis pela atuação do legislador ordinário. No que tange à eficácia, as normas constitucionais igualmente podem, por sua vez, ser classificadas em normas de eficácia parcial (que corresponderiam às normas de integração

[40] Cf. J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 79 e 89.

[41] Cf. J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 79 e 105.

[42] Cf. J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 73 e 106 e ss.

[43] Cf. C. R. Bastos e C. A. Britto, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 34 e ss.

[44] Cf. C. R. Bastos e C. A. Britto, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 117.

[45] Cf. C. R. Bastos e C. A. Britto, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 119.

completáveis), bem como em normas de eficácia plena, que correspondem tanto às normas inintegráveis, quanto às normas de integração meramente restringíveis.[46]

Após a vigência da Constituição de 1988, foi a Profa. Maria Helena Diniz quem formulou a mais atual proposta de sistematização das normas constitucionais no que tange aos seus efeitos, sustentando uma classificação em quatro grupos: a) normas com eficácia absoluta, que – por insuscetíveis de alteração até mesmo mediante Emenda à Constituição – seriam intangíveis e, portanto, com eficácia reforçada em relação às normas de eficácia plena; b) normas com eficácia plena, que – a exemplo das normas de eficácia absoluta – independem de atuação do legislador ordinário para gerar seus efeitos, incidindo diretamente sobre a matéria que constitui seu objeto e criando, desde logo, direitos subjetivos, sendo, contudo, suscetíveis de emenda constitucional; c) normas com eficácia relativa restringível, que, sendo de aplicabilidade direta ou imediata, têm a possibilidade de gerar todos os efeitos jurídicos nelas previstos, sujeitas, contudo, a restrições previstas na legislação ordinária ou dependendo de regulamentação ulterior, que pode vir a reduzir sua aplicabilidade; d) normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa, de aplicação apenas mediata (indireta), já que não dotadas de normatividade suficiente para tanto, não sendo, portanto, suscetíveis de gerar, desde logo, todos os seus efeitos, abrangendo as normas de princípios institutivos e as normas programáticas.[47]

Além das propostas classificatórias já referidas, que apresentam diversos elementos em comum, de modo especial sua íntima vinculação com o critério da aplicabilidade e eficácia jurídica das normas constitucionais (para C. R. Bastos e C. A. Britto, também o seu modo de incidência), há que fazer referência, entre outras,[48] às sistematizações sugeridas por Celso Antônio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso, ressaltando-se que a primeira, apesar de cronologicamente anterior à dos Professores Celso R. Bastos e Carlos A. Britto, bem como da Profa. Maria H. Diniz, será objeto de apresentação apenas neste momento, na medida em que toma por referência critério diverso, qual seja, o da consistência e amplitude dos direitos imediatamente resultantes da norma constitucional para os administrados.[49] Para este conceituado publicista, as normas constitucionais, de acordo com o critério utilizado, classificam-se em: a) normas concessivas de poderes jurídicos, que, desde logo e sem o concurso de outras vontades (isto é, independentemente de atuação alheia), conferem a um sujeito o poder de fruir do bem deferido, criando para os administrados uma posição jurídica imediata (uma utilidade concreta e a possibilidade de exigi-la em caso de embaraço ou perturbação por parte de terceiros), que não depende de normação ulterior; b) normas concessivas de direitos, que, por indicarem quem é o obrigado e caracterizarem de forma suficiente a conduta devida, geram uma utilidade concreta e imediata para o administrado, suscetível de fruição mediante desfrute positivo e que consiste em um direito propriamente dito, isto é, num bem jurídico que depende de uma prestação alheia; c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida, que – por não indicarem as condutas específicas necessárias para a satisfação

[46] Para tanto, v. o esquema apresentado no final da parte conclusiva da obra de C. R. Bastos e C. A. Britto, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 122.

[47] Cf. M. H. Diniz, *Norma Constitucional e Seus Efeitos*, p. 97 e ss.

[48] Um inventário mais abrangente das classificações pode ser encontrado também em A. C. Costa Meirelles, *A Eficácia dos Direitos Sociais*, p. 241 e ss.

[49] Cf. C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* nº 57-58 (1981), p. 233 e ss.

do bem jurídico reconhecido – geram para os administrados posições jurídicas menos consistentes, na medida em que não conferem nenhum tipo de fruição imediata, não permitindo, além disso, que se exija o desfrute de algo, limitando-se a oferecer a possibilidade de oposição judicial aos comportamentos contrários aos fins previstos na norma, bem como ensejando a necessidade de uma interpretação que se paute pelo sentido e direção nela preconizados. Ressalte-se, ainda, que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, as normas concessivas de poderes jurídicos e de direitos podem ser de natureza restringível ou irrestringíveis pelo legislador infraconstitucional.[50]

Por derradeiro, há que fazer referência à sistematização proposta por Luís Roberto Barroso, que – a exemplo de Celso A. Bandeira de Mello – norteou sua classificação em função da consistência da situação jurídica dos indivíduos em face dos preceitos constitucionais.[51] Para tanto, formulou uma tipologia das normas constitucionais de acordo com a sua função no âmbito da Lei Fundamental, de tal sorte que a verificação da posição jurídica individual dependeria, em última análise, das características peculiares a cada grupo da tipologia proposta. De acordo com esta original formulação, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos: a) as normas constitucionais de organização, que têm por objeto organizar o exercício do poder político (também denominadas de normas de estrutura, ou de competência) e que se caracterizam – de acordo com lição de Miguel Reale – por estabelecerem uma obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam, ou não, resultar determinadas consequências. Tais normas, por sua vez, podem ser basicamente de quatro espécies, quais sejam, as que veiculam decisões políticas fundamentais, as que definem as competências dos órgãos constitucionais, as que criam órgãos públicos e as que estabelecem normas processuais ou procedimentais; b) as normas constitucionais definidoras de direitos, que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos, centrando-se o autor na ideia de direito subjetivo (entendido como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse); essas normas geram situações jurídicas para os particulares, as quais podem, por sua vez, ser distribuídas em três grupos: 1) situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; 2) situações que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e 3) normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora; c) normas constitucionais programáticas, que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.[52]

2.3. Síntese conclusiva e posição pessoal

Em que pesem as distinções entre as concepções sumariamente apresentadas e até mesmo a diversidade de critérios nas quais se baseiam, constatam-se no mínimo dois aspectos – ambos vinculados ao problema da eficácia jurídica (sob o aspecto da

[50] Cf. C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* nº 57-58 (1981), p. 239-43.

[51] Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 91 e ss.

[52] Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 91 e ss.

aptidão para gerar efeitos) das normas constitucionais – a respeito dos quais todas as formulações guardam identidade. Com efeito, todos os autores citados partem da premissa de que inexiste norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, uma graduação da carga eficacial das normas constitucionais.[53] Todas as propostas reconhecem, contudo, que determinadas normas da Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de uma atuação concretizadora por parte do legislador ordinário, razão pela qual também costumam ser denominadas de normas de eficácia limitada ou reduzida.[54]

Em se procedendo a uma comparação – ainda que superficial – entre as propostas de Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva, Celso Bastos e Carlos A. Britto e Maria H. Diniz, verifica-se que estas – em que pesem suas especifidades – na verdade não chegam a ser incompatíveis entre si. Para além disso, percebe-se que em todas as classificações se destacam dois grupos de normas, quais sejam, aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão aptas a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositio legislatoris*. Isto ocorre mesmo no que tange às propostas de José Afonso da Silva e Maria H. Diniz, apesar de terem, respectivamente, sugerido uma classificação em três e quatro categorias. De acordo com José Afonso da Silva, ao lado das normas de eficácia plena, situam-se as normas de eficácia contida, que, a exemplo das primeiras, se encontram aptas a produzir, desde logo, a plenitude de seus efeitos, encontrando-se, contudo, sujeitas a ulterior restrição pelo legislador. Desde logo, importa destacar que, em verdade, as normas de eficácia contida são normas que enunciam uma reserva legal em matéria de restrição dos efeitos, não restando afastada a possibilidade de se estabelecerem restrições a direitos fundamentais que não foram colocados pelo Constituinte sob uma expressa reserva legal, já que, ao menos em princípio, inexiste direito fundamental (mesmo que veiculado em norma de eficácia plena, na concepção de José Afonso) completamente imune a toda e qualquer limitação.[55] Aqui basta remeter à noção de limites implícitos (indiretos ou mediatos), especialmente em face da necessidade de resolver as hipóteses de conflitos entre direitos fundamentais, que, em regra, implicam restrições recíprocas, tema que, a despeito de sua relevância, extrapola os limites da investigação e que ora vai referido apenas para fundamentar a nossa argumentação no sentido de demonstrar que a possibilidade de restrição dos efeitos não se constitui em "privilégio exclusivo" das normas de eficácia contida.[56]

[53] Nesse sentido, a lição de M. H. Diniz, *Norma Constitucional e Seus Efeitos*, p. 104. Recentemente, embora em outro contexto, tal posição foi acolhida por M. N. Barbosa, *O Princípio da Moralidade Administrativa*, ..., p. 115.

[54] Percebe-se, portanto, que, inobstante datada de 1970, permanece atual a lição do saudoso Geraldo Ataliba, *in: RDP* nº 13 (1970), p. 35 e ss., que, efetuando uma sinopse das principais teorias sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais – incluindo a na época recentíssima contribuição de José Afonso da Silva –, constatou a existência de um consenso a respeito da existência de normas não autoaplicáveis e que reclamam uma concretização legislativa, sem que, com isso, tenha negado eficácia a essas normas.

[55] Nesse sentido também, recentemente, a crítica de V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais...*, p. 49 e ss., que, em virtude da restringibilidade de todos os direitos fundamentais, entende que a própria distinção entre normas de eficácia plena, contida e limitada perde sua razão de ser, aspecto que examinaremos logo a seguir.

[56] No âmbito da doutrina mais recente, J. M. Bilhalva, A *Aplicabilidade e a Concretização das Normas Constitucionais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, em obra resultante de dissertação de Mestrado defendida na PUCRS, cuja banca examinadora tivemos a oportunidade de integrar, analisa e discute com profundidade a teoria

Seguindo com a nossa avaliação das classificações, percebe-se que as três primeiras categorias elencadas por Maria H. Diniz têm como elemento comum a possibilidade de imediata e plena geração de seus efeitos, uma vez que dotadas de suficiente normatividade para tanto, não dependendo de concretização em nível legislativo. O que – para a citada autora – efetivamente distingue as normas de eficácia absoluta e as de eficácia relativa e restringível das normas de eficácia plena é, portanto, a circunstância de serem as normas de eficácia absoluta insuscetíveis de restrição até mesmo por meio de emenda à Constituição, ao passo que as normas de eficácia relativa e restringível (que correspondem virtualmente às normas de eficácia contida, de acordo com a terminologia de José Afonso da Silva) se encontram sujeitas à possibilidade de restrição pelo legislador ordinário.[57]

Cumpre ressaltar, nesse contexto, que os critérios da ulterior restringibilidade (que, para Maria H. Diniz e José Afonso da Silva, justificam a criação de um grupo distinto de normas constitucionais), bem como o da proteção reforçada das normas incluídas no rol das assim denominadas "cláusulas pétreas" da Constituição (Maria H. Diniz) não deixam de ter relevância para outros efeitos, mas em nada alteram o fato de que, relativamente à eficácia jurídica (sob o aspecto de aptidão para gerar efeitos) e no que concerne à necessidade de uma *interpositio legislatoris* para viabilizar a geração da plenitude dos efeitos peculiares a cada norma, virtualmente se pode constatar a existência de dois grupos de normas constitucionais, razão pela qual é de dar preferência às classificações de natureza dúplice, tal como o fizeram, entre nós, Meirelles Teixeira e – mais recentemente – Celso Bastos e Carlos A. Britto.

No que tange à terminologia utilizada, há que chegar igualmente a um consenso, levando-se em conta, contudo, as críticas tecidas relativamente às concepções clássicas de inspiração norte-americana, bem como a constatação de que inexiste norma constitucional destituída de eficácia. Tendo em vista que a todas as sistematizações propostas subjaz a ideia de que uma norma é capaz de gerar os seus efeitos essenciais em tendo, por si mesma, normatividade suficiente para tanto, não há como desconsiderar a íntima vinculação da noção de densidade normativa com a da eficácia (e aplicabilidade) da norma. Aliás, uma análise mais detida de todas as formulações referidas fatalmente revela que o conteúdo do dispositivo é de suma relevância para a determinação de sua normatividade, noção esta que, em última análise, pode ser reconduzida (com as devidas ressalvas críticas) ao entendimento já advogado por Ruy Barbosa, de que a completude da norma assume feições de verdadeiro pressuposto para sua aplicabilidade e eficácia. Em face do exposto, pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* –

de José Afonso da Silva e apresenta argumentos na defesa da manutenção de uma classificação que inclua as assim designadas normas de eficácia contida, argumentos que, contudo, não afastam os aspectos problemáticos apontados na presente obra.

[57] Importa registrar, nesse contexto, que mesmo as normas de eficácia plena não são imunes a restrições, o mesmo ocorrendo com as normas tidas como de eficácia "absoluta" por M. H. Diniz, já que, em princípio, inexistem direitos absolutos, no sentido de absolutamente insuscetíveis de restrição, aplicando-se a teoria dos limites imanentes nesta seara. Sobre o tema, entre nós e entre outros, *v.* a recente contribuição de G. F. Mendes, *in*: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 223 e ss.

gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica. Essa terminologia, além de contornar as pertinentes críticas tecidas em relação às concepções clássicas (normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis), ressalta justamente o critério da densidade normativa, como fator decisivo – muito embora, como se verá, não em caráter exclusivo – para a graduação da eficácia das normas constitucionais.[58] De qualquer modo, se optarmos entre as terminologias referidas em nossa doutrina, é de se dar preferência à formulação de Meirelles Teixeira (que, na verdade, se identifica com dois dos grupos da classificação tríplice de José Afonso da Silva), o qual, com arrimo principalmente nas lições de Crisafulli, sugeriu uma sistematização binária, distinguindo entre as normas de eficácia plena e as normas de eficácia limitada, ou reduzida.[59]

Imperioso destacar, nesta quadra, que reputamos descabida, salvo melhor juízo, a nota crítica que nos foi endereçada por Virgílio Afonso da Silva, reputando como equivocada a nossa (?) opção pela classificação das normas constitucionais em dois grupos, no caso, normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.[60] Em primeiro lugar – aspecto que pelo visto não foi devidamente considerado –, deixamos claro

[58] Ressalte-se que, para J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 195, a densidade da norma constitucional diz com a sua proximidade da norma relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação, salientado, ainda, que, quanto mais densa a norma, menor a liberdade de conformação do legislador, ressaltando, todavia, que mesmo uma norma mais densa que outra pode reclamar uma interposição do legislador. Em virtude de constituir a densidade uma grandeza variável, rechaça o mestre de Coimbra a existência de normas constitucionais exequíveis por si mesmas e normas não exequíveis por si mesmas.

[59] No âmbito do direito lusitano, cumpre referir, ainda, a sistematização proposta por J. Miranda, *Manual II*, p. 215 e ss. Dentre as diversas classificações referidas pelo ilustre publicista de Lisboa, assume relevo a que distingue as normas preceptivas das normas programáticas e a que distingue as normas exequíveis das não exequíveis por si mesmas, salientando que se cuida de classificações distintas, embora parcialmente sobrepostas, já que a primeira classificação parte do critério da forma de conformação (imediata, ou não) da realidade, ao passo que a segunda utiliza como critério distintivo a completude da própria norma. Assim, enquanto as normas preceptivas são de aplicação imediata, as programáticas podem ser consideradas de aplicação diferida, revelando, Nesse sentido, uma dimensão prospectiva. Já as normas exequíveis por si mesmas (que necessariamente serão sempre preceptivas) independem de interposição legislativa para serem plenamente aplicáveis e eficazes, enquanto as normas não exequíveis por si mesmas (que podem ser preceptivas ou programáticas) dependem de intervenção legislativa para alcançarem sua plena aplicabilidade e eficácia. Todavia, ressalta J. Miranda que, tratando-se de norma não exequível por si mesma de cunho preceptivo, ao comando constitucional se agrega apenas a norma legislativa, ao passo que as normas não exequíveis por si mesmas de natureza programática, além da concretização legislativa, reclamam decisões políticas, providências administrativas e/ou operações materiais. No que diz com a sistematização proposta, conclui o autor que, em vez de duas classificações, parcialmente sobrepostas, seria viável optar-se por um esquema alternativo, constituído de três categorias de normas constitucionais, correspondentes a sucessivos graus de eficácia: a) normas exequíveis por si mesmas; b) normas preceptivas não exequíveis por si mesmas; c) normas programáticas. Por derradeiro, importa ressaltar que J. Miranda, em que pese a utilização de terminologia similar à dos clássicos norte-americanos (normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis), reconhece expressamente que todas as normas constitucionais são normas jurídicas, não se cuidando, em nenhum caso, de mera proclamação política ou de cláusulas não vinculativas, na medida em que as diferenças existentes são apenas de estrutura e de projeção de cada norma no ordenamento (*in*: *Manual II*, p. 217). Já no que diz com o direito constitucional germânico, pode-se destacar a relativamente recente proposta de P. Badura, *in*: *HBStR VII*, p. 38-9, que, partindo de uma classificação baseada no critério dos efeitos jurídicos e na forma e grau de vinculatividade, optou por sistematizar as normas constitucionais em três grupos: a) princípios constitucionais fundamentais, especialmente princípios fundamentais contendo diretrizes sobre a estrutura estatal, organização do poder e sobre a atividade estatal em si, incluindo as normas definoras de fins e tarefas estatais e demais normas-tarefa (*Verfassungsgrundsätze, insbesondere staatsleitende Grundsätze*); b) ordens constitucionais de natureza concreta, especialmente imposições legiferantes (*Verfassungsbefehle, insbesondere Gesetzgebungsaufträge*); e c) normas que asseguram a existência, a efetiva funcionalidade e estrutura básica de determinadas instituições relevantes para a comunidade, bem como normas que reconhecem e protegem liberdades e direitos individuais e/ou coletivos, especialmente os direitos fundamentais (*Gewährleistungen, insbesondere Rechtszuweisungen*).

[60] Cf. V. A. da Silva, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a aplicabilidade das normas constitucionais, *RDE*, nº 4, 2006, p. 49 e ss.

que a nossa preferência, justamente por algumas imperfeições que se podem apontar especialmente no que diz com as assim designadas normas de eficácia contida, é no sentido de adotar-se outra classificação (normas de alta e baixa densidade ou outra mais adequada e que seja mais resistente a críticas), mas que, no caso de se optar entre a classificação trinária de José Afonso da Silva e a classificação binária de Meirelles Teixeira, deveria ser dada preferência a deste último autor, com os aperfeiçoamentos e significativos desenvolvimentos promovidos por José Afonso da Silva.

De qualquer modo, convém repisar que procuramos sempre deixar claro, desde há muito (muito antes do ensaio ora referido), que a restringibilidade das normas constitucionais, notadamente das normas de direitos fundamentais, não é apenas das normas designadas como de eficácia contida ou mesmo limitada, o que, de resto, é dado mais do que difundido pela dogmática dos direitos fundamentais e de todos amplamente conhecido. Da mesma forma, sempre destacamos que a aplicabilidade direta (pelo menos para alguns efeitos) é qualidade comum a todas as normas constitucionais. Isto evidentemente não afeta a qualidade do trabalho do nosso crítico, pelo contrário, apenas demonstra que há expressiva convergência de entendimento quanto a alguns aspectos, especialmente no que diz com o ceticismo compartilhado em relação à categoria das normas de eficácia contida, embora a maior parte dos problemas, cumpre reconhecer, deva ser atribuída à má leitura e aplicação da concepção de José Afonso da Silva, do que propriamente às teses por este esgrimidas.

Todavia, embora não se pretenda aqui aprofundar o ponto, verifica-se que pelo menos em parte os argumentos esgrimidos por Virgílio Afonso da Silva, especialmente naquilo em que considera superada (ainda que reconheça a relevância e positiva influência da tese criticada) a classificação adotada pelo seu merecidamente ilustre e respeitado progenitor, José Afonso da Silva, reclamam um outro olhar.

Com efeito, a alegação de que o fato de todos os direitos fundamentais serem restringíveis implica serem todas as normas constitucionais de eficácia limitada (ou restringível), por si só não tem o condão de afastar a classificação difundida por José Afonso da Silva e mesmo, antes dele e de modo distinto, por Meirelles Teixeira. Em primeiro lugar, a classificação de José Afonso da Silva diz respeito a toda e qualquer norma constitucional, e não apenas às normas de direitos fundamentais, às quais, salvo melhor juízo, se refere Virgílio Afonso da Silva. Independentemente deste aspecto, mesmo que se aceite a restringibilidade de qualquer norma constitucional (seja ela regra ou princípio), o que nesta quadra não se pretende polemizar, há de se levar em conta que a classificação adotada por José Afonso não se baseia, pelo menos não como critério determinante e único, na possível restrição dos efeitos por obra do legislador, mas radica essencialmente, assim nos parece, na existência, ou não, embora sempre parcial, de uma intermediação legislativa para o reconhecimento dos efeitos jurídicos da norma constitucional, bem como na distinção (embora a íntima conexão) entre a aplicabilidade e a eficácia jurídica.[61] Trata-se, portanto, de outro critério, visto que a posterior restringibilidade foi utilizada por José Afonso da Silva como critério para distinguir dois tipos de normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, visto que as normas de eficácia contida são normas de eficácia plena e aplicabilidade direta,

[61] Sobre essa distinção, vale conferir o qualificado debate travado entre W. A. Steinmetz, *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2004, especialmente p. 42 e ss., e J. A. da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 286 e ss., que aqui não temos condições de sintetizar.

mas sujeitas, de acordo com o texto constitucional, a uma reserva legal, no sentido de uma autorização constitucional expressa para restrições pelo legislador. Além disso, como já tivemos oportunidade de frisar, a classificação das normas constitucionais com base no critério da sua eficácia e aplicabilidade, não necessariamente (e nisto insistimos ainda que por ora sem maior desenvolvimento) se revela inconciliável com a distinção das normas em princípios e regras, mas não será aqui que teremos condições de ampliar este debate. De qualquer modo, feitas algumas notas críticas em relação às objeções tão bem lançadas por Virgílio Afonso da Silva, remetemos o leitor às respostas oferecidas pelo próprio José Afonso da Silva, em edição recente de seu clássico sobre as normas constitucionais.[62]

Importa sinalar, nesse contexto, que toda e qualquer tentativa de classificação das normas constitucionais não terá o condão de abranger todas as manifestações possíveis da eficácia e aplicabilidade, assumindo, em verdade, função preponderante didática e operacional. Para além disso, convém relembrar que todas as normas constitucionais, sendo dotadas sempre de um mínimo de eficácia, sendo esta variável consoante seu grau de densidade normativa, também podem considerar-se – em certa medida – diretamente aplicáveis, naturalmente nos limites de sua eficácia e normatividade. Na verdade – em que pesem as especificidades de cada concepção –, outra não é a conclusão a que chegou a nossa doutrina. Basta lembrar que desde a superação, entre nós, da concepção clássica sustentada pelo grande Ruy Barbosa, não se discute que cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade. Nesse sentido, todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia (variável de acordo com cada norma), imediatamente aplicáveis.[63] Não é outro o entendimento que se recolhe do direito comparado, razão pela qual cumpre aproveitar a oportunidade para referir a abalizada e paradigmática lição do renomado publicista espanhol García de Enterría, que, partindo de uma concepção substancial da Constituição e reconhecendo o caráter vinculante reforçado e geral das suas normas, sustenta que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) destituídas de conteúdo normativo, sendo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficacial.[64]

É de todo oportuno que se justifique a não referência, nesta oportunidade, aos trabalhos de Celso A. Bandeira de Mello e Luís R. Barroso. Ainda que ambos também se tenham ocupado com o problema da eficácia jurídica das normas constitucionais, verificou-se que o fizeram partindo de outro ângulo. Enquanto o primeiro norteou sua classificação pelo critério da posição jurídica na qual é investido o particular em face de determinada norma, o segundo sistematizou as normas constitucionais de

[62] Cf. J.A. da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7ª ed., p. 270 e ss.

[63] Com efeito, mesmo as assim denominadas normas de eficácia limitada são, Nesse sentido, imediatamente aplicáveis. Basta lembrar, para ilustrar a assertiva, que o juiz, ao considerar revogada uma norma legal anterior e contrária, nada mais estará a fazer do que aplicando a norma constitucional. É claro – convém frisá-lo – que tal constatação parte da premissa de que todas as normas são eficazes, afastando-se a existência de normas não autoaplicáveis no sentido da doutrina norte-americana clássica.

[64] Cf. E. G. Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 63-71, que, por sua vez, baseou seu ponto de vista tanto no direito constitucional positivo espanhol, quanto na concepção norte-americana da (*superior obligation* ou *higher law*), bem como na doutrina alemã – igualmente inspirada no direito americano – da vinculação reforçada (*stärkere Bindungskraft*) ou da teoria da mais forte pretensão de validez (*stärkerer Geltungsanspruch*).

acordo com o seu objeto (organizatórias, definidoras de direitos ou programáticas), para então investigar quais os efeitos jurídicos que delas decorrem. Ambos os autores reconhecem, contudo, que suas propostas, por formuladas com base em critérios distintos, não excluem as demais, assumindo natureza complementar, na medida em que destas recepcionaram as concepções sobre eficácia e aplicabilidade que a estas subjazem, desenvolvendo-as sob o ângulo da efetividade. É justamente aqui que se manifesta a pertinência da crítica de Celso A. Bandeira de Mello no que concerne à teoria de José Afonso da Silva, já que esta não declina os motivos pelos quais certas normas de eficácia plena por vezes outorgam aos particulares a posição jurídica mais frágil, como pode ocorrer com as normas de competência, de tal sorte que não há como traçar um paralelismo exato e necessário entre cada tipo normativo (de acordo com a classificação de José A. da Silva) e a posição jurídica que gera para os particulares.[65] Esta crítica – que não retira o mérito das demais classificações – aplica-se, sem dúvida, às demais propostas que tomaram como critério referencial a eficácia jurídica e aplicabilidade. Todavia, se, por um lado, variável a posição jurídica dos particulares frente às normas, não é menos certo que a ausência de um paralelismo (tal como sustentado por Celso A. Bandeira de Mello) não significa, em hipótese alguma, a inexistência de correlação entre o problema da eficácia jurídica e os direitos e/ou poderes outorgados pela norma, na medida em que estes, em última análise, são uma consequência daquela. Portanto, desde que se considerem devidamente estes aspectos, é por meio do exame da eficácia jurídica (dos efeitos potencialmente gerados) dos direitos fundamentais que iremos enfrentar, oportunamente e de forma mais detida, o problema específico das diversas posições jurídicas individuais, bem como dos diferentes efeitos deles resultantes. Relembre-se que o nosso intento, no que tange ao presente item, se restringiu a apresentar, de forma sumária, as diversas concepções desenvolvidas entre nós sobre a eficácia (e aplicabilidade) das normas constitucionais em geral, posicionando-nos a respeito delas, de tal sorte que, ao menos por ora, renunciamos a um exame mais pormenorizado desta problemática.

[65] Cf. C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* nº 57-58 (1981), p. 240, secundado, mais recentemente, por A. de Assis, *in: AJURIS* nº 50 (1990), p. 42.

3. A eficácia dos direitos fundamentais

3.1. Considerações introdutórias

A breve exposição sobre a problemática da eficácia das normas constitucionais em geral revelou, dentre outros aspectos, que todo e qualquer preceito da Constituição (mesmo sendo de cunho programático) é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, consoante a normatividade que lhe tenha sido outorgada pelo Constituinte. Por outro lado – e isto ainda não foi objeto de consideração –, boa parte das classificações propostas têm em comum o fato de não terem dado o indispensável destaque ao problema específico da eficácia dos direitos fundamentais. No que concerne às sistematizações mais antigas (anteriores à vigência da atual Constituição), não é de se estranhar que tal tenha ocorrido, já que inexistia dispositivo similar ao consagrado no art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental (aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais), salientando-se, todavia, que alguns dos autores nominados (de modo especial Celso R. Bastos e José Afonso da Silva) dispensaram alguma atenção ao problema em obras mais recentes, sem, no entanto, procederem a uma reformulação substancial de suas concepções à luz do citado preceito. Em que pese esse aspecto, suas contribuições trazem a marca de sua inequívoca autoridade intelectual e serão devidamente consideradas. Quanto a Maria Helena Diniz e Luís Roberto Barroso, que formularam suas propostas já após a vigência de nossa Constituição, a inovação trazida pelo já citado art. 5º, § 1º, da CF foi objeto de consideração especial apenas por parte do último (apesar de uma tendência a estender aplicabilidade direta dos direitos fundamentais a todas as normas constitucionais), restringindo-se a primeira autora virtualmente a incluir os direitos fundamentais (por abrangidos pelo rol das "cláusulas pétreas") na sua categoria das normas de eficácia absoluta. Já por esses motivos, isto é, em virtude da carência no que diz com um tratamento sistemático da eficácia dos direitos fundamentais com base no art. 5º, § 1º, de nossa Carta Magna, e apesar da existência de diversos artigos e ensaios, inclusive algumas monografias, no mais das vezes de excelente qualidade, sobre o tema, ousamos afirmar que o tema continua mantendo sua atualidade, já que no que concerne a sua relevância teórica e prática parece inexistir qualquer controvérsia.

Antes, porém, de adentrarmos o exame do significado e alcance da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, há que fazer a devida menção ao fato de que, assim como as normas constitucionais em geral assumem feições distintas de acordo

com a função que exercem no âmbito da Constituição, manifestando-se por meio de diferenciadas técnicas de positivação, também as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não constituem, no que diz com esse aspecto, um complexo homogêneo.[66] Quanto às normas constitucionais em geral, tivemos a oportunidade, no item anterior, de apresentar a paradigmática proposta formulada, entre nós, por Luís Roberto Barroso, que, à luz de nosso direito constitucional positivo, distinguiu três tipos de normas, quais sejam, as normas de organização (que, por sua vez, englobam as normas que veiculam decisões políticas fundamentais, as normas definidoras de competências, as normas que criam órgãos públicos e normas que estabelecem processos e procedimentos), as normas definidoras de direitos (de modo especial os direitos fundamentais) e as normas programáticas.[67]

Sem adentrarmos aqui a ampla gama das posições que poderiam ser consideradas no tocante às técnicas de positivação e às funções das normas constitucionais, já que tal problemática é ela mesma merecedora de investigação científica mais profunda, podemos, desde já, detectar alguns aspectos dignos de atenção. Assim, atendo-nos somente ao complexo das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, poderemos observar, se tomarmos, por exemplo, o art. 5°, inc. XXXII, de nossa Constituição, que, apesar de tratar-se de norma insculpida no Título dos direitos fundamentais (sendo, portanto, uma norma definidora de direito), cuida-se, mais propriamente, de norma definidora de uma finalidade a ser implementada pelo Estado (a proteção do consumidor), podendo, nesse sentido, falar-se também de uma norma-objetivo, valendo-nos aqui da terminologia e da noção desenvolvida, entre nós, principalmente pelo ilustre jurista Eros Roberto Grau.[68] Da mesma forma, verificar-se-á que no Título da Ordem Econômica e Social, no qual se encontram diversos

[66] Nesse sentido, *v.* também e por todos A. Krell, "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais", *in*: I. W. Sarlet (org.), *A Constituição Concretizada*, p. 25 e ss., acompanhando o entendimento aqui sustentado.

[67] Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional,* p. 91 e ss. Do direito comparado, entendemos oportuna a referência ao esquema proposto por J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 180 e ss., que, após sustentar uma primeira classificação das normas constitucionais em princípios e regras, apresenta uma tipologia diferenciada, sugerindo uma divisão das normas constitucionais em normas organizatórias (que, por sua vez, são compostas pelas regras de competência, regras de criação de órgãos e regras de procedimento) e, por outro lado, em normas jurídico-materiais, integradas pelas regras de direitos fundamentais, regras de garantias institucionais, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e regras constitucionais impositivas). Sem pretensão de polemizar sobre o assunto, sob pena de nos desviarmos dos propósitos do presente estudo, constatamos que existe apenas parcial coincidência entre a sistematização apresentada por L. R. Barroso e a do Prof. Canotilho, já que o primeiro não fez referência às garantias institucionais (existentes também entre nós), além de sustentar a existência de normas programáticas, não aceita por Canotilho, que, ao invés disso, prefere falar em normas definidoras de fins e tarefas do Estado e normas impositivas, concepção esta que apresenta a nítida vantagem de distinguir entre si, pelo diferenciado grau de vinculação do legislador, as normas que impõem aos órgãos públicos a realização de certos programas, fins e tarefas, já que também estas normas não constituem um complexo homogêneo. Assim, para que possamos adotar o esquema proposto por L. R. Barroso, é necessário que procedamos à sua releitura, tendo sempre em mente que ele também abrange as garantias institucionais, além de considerarmos a categoria das normas programáticas como gênero de normas a reclamarem interposição legislativa, abrangendo, portanto, as normas definidoras de fins e tarefas do Estado e as normas impositivas (imposições legiferantes e ordens de legislar), tal como concebidas na sistematização de Canotilho.

[68] De acordo com E. R. Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, p. 130 e ss., a noção de norma-objetivo, também adotada, entre nós, por Fábio K. Comparato, parte da circunstância de que há na Constituição normas que definem resultados concretos, isto é, fixando fins a serem alcançados pelos seus destinatários, normas que – por definirem obrigações de resultado – se distinguem das assim denominadas normas de conduta e de organização. Percebe-se, além disso, que a noção de norma-objetivo corresponde à das normas definidoras de fins e tarefas do Estado, noção esta que, por sua vez, se reconduz às *Staatszielbestimmungen* dos alemães. Convém ressaltar, ainda, que, de acordo com a concepção desenvolvida por E. R. Grau, as normas-objetivo não se confundem com as normas programáticas, já que estas, em vez de definirem fins concretos a serem alcançados, contêm princípios e programas (tanto de conduta, quanto de organização), bem como princípios relativos a fins a cumprir, ressaltando, ainda, que as

direitos fundamentais fora do catálogo, podemos localizar normas que, em verdade, foram positivadas como autênticas normas programáticas, o que ocorre, por exemplo, com o art. 205, de acordo com o qual "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Ainda que se cuide – e relativamente a isto não deveria haver dúvida – de norma definidora de um direito fundamental (direito à educação), a técnica de positivação utilizada na redação deste dispositivo deixa transparecer nitidamente seu cunho programático, sem que com isto se queira (ou possa) negar eficácia à norma. Por outro lado, direitos fundamentais há que foram positivados como autênticas ordens concretas de legislar, a exemplo do que ocorre com o dispositivo que prevê a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa (art. 7°, inc. XI, da CF), normas que melhor se enquadram naquilo que Gomes Canotilho, com sua habitual perspicácia, denominou de normas impositivas.[69] Também há que fazer, nesse contexto, a devida referência às garantias institucionais, como é o caso da garantia do Tribunal do Júri (art. 5°, inc. XXXVIII, da CF). Em que pese Luís Roberto Barroso ter percebido as distinções entre as diversas normas integrantes da categoria das normas constitucionais definidoras de direitos, constata-se que o fez não com base no critério da técnica de positivação, mas, sim, com apoio no critério da posição jurídica na qual se encontram investidos os particulares, aproximando-se, nesse particular, da concepção de Celso A. Bandeira de Mello.

O que importa ressaltar, nesse contexto, é que sob a rubrica "normas definidoras de direitos e garantias fundamentais", se abrigam dispositivos que, no que diz com a técnica de sua positivação, assumem a feição característica das outras categorias referidas na tipologia de Luís Roberto Barroso, que aqui tomamos como referencial, sem deixarem, contudo, de ser autênticos direitos fundamentais. Não é por outro motivo que no direito comparado podemos encontrar autores que chegaram a propor uma classificação dos direitos fundamentais de acordo com sua forma de positivação. Ressalte-se, contudo, que os exemplos colacionados se restringem aos direitos fundamentais sociais, o que – ainda que não se queira reconhecer a pertinência dos exemplos citados (inclusive fora do âmbito dos direitos sociais) – não desautoriza eventual aplicação das classificações propostas ao nosso direito constitucional, no mínimo relativamente ao extenso rol dos direitos sociais. Assim, enquanto para Gomes Canotilho os direitos fundamentais (sociais) podem ser positivados de quatro formas (como normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos),[70] o renomado publicista hispânico Pérez Luño, igualmente partindo de uma classificação em quatro categorias, sustenta que os direitos sociais podem vir proclamados nas Constituições como: a) princípios programáticos; b) princípios para atuação dos poderes públicos; c) normas e cláusulas a serem desenvolvidas pela legislação ordinária; e d) normas específicas ou casuísticas.[71]

normas programáticas existem apenas na esfera constitucional, ao passo que as normas-objetivo também podem ser encontradas na legislação infraconstitucional.

[69] Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 176 e ss.

[70] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*. p. 556-7, onde também se encontra breve referência sobre o significado de cada forma de positivação.

[71] Cf. A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos*, p. 95.

Sem adentrar aqui o mérito destas classificações, importa destacar a evidência de que, também em nossa Constituição, talvez até mesmo com maior pertinência, tendo em vista o número considerável de direitos fundamentais nela consagrados, as respectivas normas repousam (já que não se confunde a norma com o dispositivo que a prevê) em disposições distintas entre si também no que diz com a forma de sua positivação no texto constitucional. Além disso, não se deveria, em hipótese alguma, desconsiderar a íntima conexão entre a técnica de positivação e a eficácia jurídica da respectiva norma definidora de direito fundamental, do que, em última análise, também depende a posição jurídica outorgada aos particulares. Assim, por demais evidente que a carga eficacial será diversa em se tratando de norma de natureza programática (ou – se preferirmos – de cunho impositivo), ou em se tratando de forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental, circunstância que, aliás, não passou despercebida a alguns dos nossos mais ilustres representantes da doutrina constitucional, ainda que estes não tenham estabelecido – ao menos não de forma explícita – esta vinculação direta entre a diversidade das técnicas de positivação dos direitos fundamentais e as posições jurídicas igualmente distintas delas decorrentes.

Por derradeiro, não há como deixar de considerar as diversas funções exercidas pelos direitos fundamentais, já referidas alhures e que igualmente assumem relevância no que diz com a questão da eficácia, além de apresentar certo grau de vinculação com a problemática das formas de positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional. Nesse sentido, cumpre relembrar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional). Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores, a negar-lhes aplicabilidade imediata e, em razão disto, plena eficácia.

Sem adentrar aqui o exame destas questões, que serão oportunamente retomadas, cumpre salientar, contudo, que justamente os direitos a prestações (de modo especial os que têm por objeto prestações materiais) não raras vezes são positivados expressamente sob a forma de normas programáticas, normas-objetivo, imposições legiferantes mais ou menos concretas, enfim, de tal forma a exigir – ao menos em princípio e, em se partindo de uma perspectiva meramente textual – uma interposição do legislador para que venham a adquirir sua plena eficácia e aplicabilidade. Por essa razão, ao enfrentarmos a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, não há como desconsiderar sua função precípua (direito de defesa ou prestacional), nem a sua forma de positivação no texto constitucional, já que ambos os aspectos, a toda evidência, constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, o que não significa que a forma de positivação, notadamente em virtude da distinção entre texto e norma (num mesmo texto de direito fundamental poderão ser extraídas várias normas de direito fundamentais) possa servir de referencial único, nem mesmo preponderante, em várias situações, para exame do problema da eficácia e efetividade. Antes de nos ocuparmos, todavia, com o exame propriamente dito das cargas eficaciais das diversas categorias de direitos fundamentais, há que tecer algumas considerações em torno do significado e alcance da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, tal como consagrada no art. 5°, § 1°, de nossa Constituição, já que sem tal instrumental não se poderá prosseguir no exame da matéria.

3.2. A aplicabilidade imediata (direta) e plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais: significado e alcance do art. 5°, § 1°, da Constituição de 1988

Conforme dispõe o art. 5°, § 1°, da nossa Constituição, "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". A previsão desse preceito no título dos direitos fundamentais, atribui-se à influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte, destacando-se, nesse contexto, o art. 18/1 da Constituição portuguesa, o art. 332 da Constituição do Uruguai e o art. 1°, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha.[72] Ressalte-se, ainda, que já o anteprojeto elaborado pela "Comissão Afonso Arinos", no seu art. 10, continha preceito semelhante.[73] Como questão preliminar a ser superada, impõe-se, desde logo, examinar a abrangência da norma, isto é, se aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo), ou se restrita aos direitos individuais e coletivos do art. 5° da nossa Constituição.

[72] Essa a lição, dentre outros, de R. R. Ruschel, *in: AJURIS* n° 58 (1993), p. 294-5. Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 18/1 da Constituição Portuguesa de 1976, "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas." Já o artigo 332 da Constituição do Uruguai, cujo âmbito de abrangência parece não estar restrito aos direitos e garantias fundamentais, além de consagrar – em caso de ausência de regulamentação – até mesmo o recurso à analogia, aos princípios gerais de direito e à doutrina, dispõe que "los preceptos de la presente Constitución que reconecen derechos a los individuos, así como los que atribuyen faculdades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y las doctrinas generalmente admitidas". Por derradeiro, embora cronologicamente anterior, cite-se o art. 1°, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha (de 1949), por vezes objeto de equivocada tradução para o vernáculo, de acordo com o qual "os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam o Legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como direito diretamente vigente" ("Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht"). Saliente-se que a expressão *geltendes Recht*, utilizada pelo Constituinte germânico provém de *Geltung*, que, na verdade, pode corresponder às expressões vigência, validade ou eficácia (cf. o dicionário jurídico de Jayme/Neuss, p. 154-5), não se confundindo com a aplicabilidade (*Anwendbarkeit*). Todavia, a doutrina alemã – como adiante se verá – reconhece que, com base no art. 1°, inc. III, da Lei Fundamental, pode-se sustentar também a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Para além disso, independentemente de terem, ou não, influenciado o nosso constituinte, constata-se que diversas outras Constituições consagraram, ainda que não com a mesma formulação, o princípio da aplicabilidade imediata (ou direta) dos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, pode citar-se o art. 45 da Constituição do Paraguai, que, além de consagrar a existência de direitos não expressamente positivados, dispõe que "la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía". A Constituição da Grécia, por sua vez, em seu art. 25, inc. I, estabeleceu a obrigação de todos os órgãos estatais de assegurarem a fruição dos direitos e garantias fundamentais. Já a Constituição Espanhola de 1978 dispõe, na primeira parte de seu art. 53.1, que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos".

[73] De acordo com o citado preceito, "os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata."

Em que pese a circunstância de que situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que esse argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica "direitos e garantias fundamentais", tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º. Em sentido contrário, houve inclusive quem propusesse uma "nova exegese" da norma contida no art. 5º, § 1º, sustentando a sua necessária interpretação restritiva quanto ao alcance (embora extensiva quanto à eficácia) já que o Constituinte "disse mais do que o pretendido",[74] assumindo, por via de consequência, uma interpretação baseada não apenas na já amplamente questionada e questionável "vontade do Constituinte", mas num originalismo ancorado numa vontade presumidamente contrária ao teor literal do dispositivo. Sem que se vá aprofundar aqui esse aspecto, entendemos suficiente – pelo menos no que diz com a aplicação do postulado da aplicabilidade imediata a todas as normas de direitos fundamentais, uma remissão aos demais argumentos por nós deduzidos, que consideramos serem ainda idôneos para afastar a pretendida exegese restritiva. Já com relação ao problema específico da eficácia das normas de direitos fundamentais, voltaremos a nos pronunciar no momento oportuno.[75]

Se, todavia, optarmos por não nos contentar com a argumentação embasada numa interpretação cingida à letra do texto constitucional, verificaremos que também uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados. Nesse sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável. Também não há como sustentar, no direito pátrio, a concepção lusitana (lá expressamente prevista na Constituição) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II da CRP) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a esse aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição portuguesa.[76] A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta

[74] Cf. a instigante posição (e crítica) de J. P. Gebran Neto, *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais*, p. 153 e ss.

[75] Diverso parece ser, ainda – embora não com base nos mesmos argumentos já referidos (vinculados à exegese literal do artigo 5º, § 1º) –, o respeitável entendimento de R. L. Torres, "A cidadania multidimensional na era dos direitos", *in: Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 278 e ss., que, em profundo estudo sobre o tema, distingue, dentre os direitos sociais, aqueles que dizem com o mínimo existencial, de tal sorte que para além do mínimo existencial os direitos sociais dependem sempre de uma *interpositio legislatoris*.

[76] O tratamento jurídico diferenciado de ambos os grupos de direitos fundamentais constitui, sem dúvida, um dos marcos caracterizadores da posição reforçada que os direitos, liberdades e garantias assumiram em relação aos direitos sociais no âmbito do constitucionalismo lusitano. Nesse sentido, v., dentre tantos, J. C. Nabais, *in: BMJ* nº 400 (1990), p. 21 e ss. Este tratamento diferenciado também se pode encontrar na Constituição Espanhola de 1978, na qual a parte significativa dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional está prevista no capítulo dos "principios rectores de la política social y económica", que, por sua vez, não se encontra ao abrigo do princípio da aplicabilidade imediata dos "derechos y libertades" consagrado no artigo 53.1. Com isto, não se está negando, aos princípios da ordem econômica e social, o caráter jurídico-normativo, já que, de acordo com o artigo 9º, 1, da Constituição Espanhola "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", princípio que se aplica a todas as normas constitucionais. Todavia, reconhece-se – a exemplo do que leciona F. Fernández Segado, *in: RIL* nº 121 (1994), p. 80, que o valor normativo da Constituição "necesita ser modulado en lo concerniente a los principios rectores de la política social y económica."

natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico, o que também parece corresponder (ao menos no concernente ao disposto no artigo 5º, § 1º, da CF) ao entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal.[77]

Convém recordar, ainda, que no capítulo reservado aos direitos fundamentais sociais em nossa Constituição foram contempladas algumas posições jurídicas fundamentais similares (pela sua função preponderantemente defensiva e por sua estrutura jurídica) aos tradicionais direitos de liberdade, como plasticamente dão conta os exemplos do direito de livre associação sindical (art. 8º) e do direito de greve (art. 9º), normas cuja aplicabilidade imediata parece incontestável, o que, por outro lado, também se aplica a diversos dos direitos dos trabalhadores elencados no art. 7º e seus respectivos incisos. Por essas razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina,[78] a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF, que já foi objeto de detida análise. Ademais, a ausência de vedação expressa e a *ratio* da norma que dá amparo ao reconhecimento de direitos fora do catálogo dão ensejo a que se recepcione, nesse particular, o ponto de vista sustentado pela ampla maioria na doutrina lusitana, que justamente advoga o entendimento de que (além dos direitos sociais, econômicos e culturais, por expressamente excluídos do regime) todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis.[79]

Se até o presente momento não se registram maiores dificuldades, o mesmo não ocorre quando nos deparamos com o problema do significado e alcance do art. 5º, § 1º, da CF para as diversas categorias de direitos fundamentais, especialmente no que tange ao problema de sua eficácia e aplicabilidade. Já quanto a esse ponto, a controvérsia que se trava no seio da literatura jurídico-constitucional conduz a tudo, menos a um juízo seguro sobre a matéria. As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte

[77] Cf., por todos, W. Steinmetz, "O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do STF e nas interpretações da literatura especializada", *in*: D. Sarmento e I. W. Sarlet (Coords.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 124.

[78] Nesse sentido, por exemplo, F. Piovesan, *Proteção Judicial*, p. 90, que sustenta a viabilidade de uma interpretação extensiva da norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, v. também D. Dimoulis, "Dogmática dos Direitos Fundamentais. Conceitos Básicos", *in: Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, ano 5, nº 2 (2001), p. 22; C. M. Clève, "O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais", *in*: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*", vol. IV, p. 295.

[79] Essa a lição, entre outros, de J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 124-6. Assim também J. C. Nabais, *Os Direitos Fundamentais*, p. 10-2.

dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei,[80] e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.[81]

Antes, contudo, de adentrarmos o exame específico da eficácia das diversas categorias de direitos fundamentais (já que distintos quanto à sua função e forma de positivação), ocupar-nos-emos com a tentativa de compreender o sentido que pode ser atribuído, de forma geral, à norma contida no art. 5º, § 1º, da CF. Nesse contexto, verificar-se-á que até mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restritiva da norma reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os "permaneçam letra morta no texto da Constituição",[82] de tal sorte que podemos considerar tal constatação como um dos esteios de nossa construção, tomando-a como ponto de partida para as considerações que irão seguir. Há que perguntar, todavia, se a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF possui, por si só, força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia, ainda que se cuide de preceitos que (independentemente de outros fatores) não receberam do Constituinte normatividade suficiente para tanto, reclamando uma intervenção do legislador. Na verdade, é preciso ter em mente que foi justamente a constatação da existência de normas desta natureza entre os direitos fundamentais que serviu como argumento para os que sustentam a tese de que o comando da aplicabilidade imediata não pode prevalecer em face das características normativas e estruturais (enfim, contra a natureza das coisas) de determinados direitos fundamentais. Em outros termos, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia tão somente após uma *interpositio legislatoris*, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular.

Diversa é a posição de Celso Bastos, que, situando-se numa esfera já intermediária no que tange às concepções extremas referidas,[83] já foi mais além, ao sustentar que os direitos fundamentais são, em princípio (na medida do possível), diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este apenas será exercido na forma prevista em lei; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.[84]

[80] Essa a posição de M. G. Ferreira Filho, *in: RPGESP* nº 29 (1988), p. 35 e ss., um dos mais ilustres representantes desta corrente.

[81] Nesse sentido, posicionam-se, entre outros, E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 322 e ss., e R. R. Ruschel, *in: AJURIS* nº 58 (1993), p. 294 e ss.

[82] Assim, por exemplo, leciona M. G. Ferreira Filho, *in: RPGESP* nº 29 (1988), p. 38.

[83] De acordo com W. Steinmetz, "O dever de aplicação imediata ...", op. cit., p. 121, a nossa posição também seria intermediária.

[84] Cf. C. R. Bastos e I. G. Martins, *Comentários II*, p. 393.

Outra posição merecedora de destaque e que já foi objeto de menção, situando-se já no extremo mais otimista, advoga a tese da inexistência, em nossa Constituição, de normas programáticas, na medida em que, além da norma que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Constituinte cuidou para que fossem criados instrumentos processuais aptos a combater também a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, nomeadamente o Mandado de Injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CF) – ele mesmo constituindo um autêntico direito-garantia fundamental – e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF).[85]

Sem enfrentar – ainda – o mérito dessas e de outras posições garimpadas em nossa doutrina, cumpre salientar, desde já, que, inobstante a análise dos diversos instrumentos para assegurar a proteção judicial dos direitos fundamentais contra ações ou omissões dos poderes públicos se encontre diretamente vinculada (ao menos de forma preponderante) ao problema da efetivação dos direitos fundamentais, de modo especial, no que tange à sua efetiva proteção por intermédio dos tribunais, aspecto que não constitui objeto de nosso estudo, haveremos de fazer as referências indispensáveis aos institutos processuais de matriz constitucional, na medida em que necessárias para o esclarecimento das questões postas relativamente à aplicabilidade e eficácia. Por esse motivo, renunciamos a qualquer pretensão de completude e de aprofundamento nesta seara, limitando-nos a considerações pontuais e de natureza acessória.

No que concerne aos instrumentos processuais referidos, entendemos ser possível advogar o ponto de vista de acordo com o qual a previsão constitucional de institutos da natureza de um Mandado de Injunção contra omissões dos poderes públicos e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não tem, por si só, o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a qualidade da aplicabilidade direta, pelo menos, em toda a sua extensão, e a sua plenitude eficacial, sendo, pelo contrário, justamente uma prova contundente de que existem normas na Constituição que dependem de interposição do legislador, constituindo tal circunstância a própria razão de ser dos instrumentos citados,[86] o que reforça a ideia de que o Mandado de Injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão se encontram, isto sim, a serviço da aplicabilidade imediata, da eficácia e, portanto, também da efetividade das normas constitucionais, situando-se, contudo, em plano diverso – embora não incompatível – desta norma de natureza eminentemente (ao menos preponderantemente) material. Por outro lado, poder-se-ia argumentar que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, por consagrar expressamente a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, tornaria dispensáveis – e até mesmo inaplicáveis à espécie – os institutos de cunho jurídico-processual referidos,[87] que encontrariam sua serventia no que diz com as demais normas constitucionais carentes de concretização. Isto significaria, em

[85] Essa – como já visto – a posição adotada por E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 322 e ss., e por R. R. Ruschel, *in: AJURIS* nº 58 (1993), p. 294 e ss.

[86] No que tange a esse aspecto, há que dar razão a M. G. Ferreira Filho, *in: RPGESP* nº 29 (1988), p. 38.

[87] Esse argumento, de certa forma, parece corresponder ao ponto de vista sustentado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, ilustre integrante do nosso Supremo Tribunal Federal, que, em seu voto proferido no julgamento do Mandado de Injunção nº 438 (*in: RDA* nº 201 [1995], p. 166 e ss.), opinou pelo não conhecimento da ação, sob o argumento de que a norma contida no art. 37, inc. VII, da CF – direito de greve dos servidores públicos – constitui norma de eficácia contida (restringível), sendo de aplicação direta e eficácia plena. Considerando que – de acordo com o que sustentamos alhures – também o direito de greve dos servidores públicos pode ser considerado autêntico direito fundamental fora do catálogo e sendo a ele, portanto, aplicável o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, haveria, em tese, como argumentar em favor da tese de que o Mandado de Injunção não se aplica em se tratando de direitos fundamentais, já que estes são diretamente aplicáveis.

última análise, que, no caso de um descumprimento (por omissão) de algum direito fundamental e não sendo possível (ou não sendo necessária) a utilização do Mandado de Injunção ou do controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, os órgãos judiciários e administrativos (se da administração não sé originar a omissão) estariam em tese aptos a – desde logo e em qualquer procedimento – aplicar diretamente a norma em questão, conferindo-lhe plena eficácia, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa. Na verdade, constata-se que esta argumentação, ainda que baseada em premissas parcialmente diferenciadas, se aproxima da posição que sustenta a aplicabilidade direta e eficácia plena de todos os direitos fundamentais.

Todavia, por mais sedutora que nos pareça a tese dos que propugnam, em última análise, a inexistência de normas programáticas na Constituição, com base numa exegese que integra aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e os institutos do Mandado de Injunção e da inconstitucionalidade por omissão, entendemos não corresponder ela ao nosso sistema constitucional vigente. Em primeiro lugar, há que ter em mente a circunstância, embasada na paradigmática lição de Gomes Canotilho, de que a nossa Constituição (assim como as Constituições em geral) pode ser considerada como um sistema aberto de regras e princípios.[88] Ainda que se queira negar – e não sem certa razão – a utilização da expressão "normas programáticas", isto em nada altera o fato da existência, também na nossa Constituição vigente – em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito –, de normas que, em virtude de sua natureza (forma de positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas.[89] Nesse sentido, basta aqui uma breve referência ao esquema classificatório proposto por Luís R. Barroso, que identifica nas normas programáticas uma das três categorias nas quais se dividem as normas constitucionais.[90] O próprio Gomes Canotilho, em que pese sustentar a inexistência de normas programáticas (no sentido de meras proclamações de cunho político e destituídas de juridicidade), admite que numa Constituição, ao lado das normas organizacionais e definidoras de direitos e garantias, convivem normas que se caracterizam por estabelecer fins e tarefas a serem implementados pelo Estado, além de normas de cunho impositivo, contendo imposições legiferantes e ordens concretas de legislar,[91] propugnando, em outra passagem de seu monumental curso de direito constitucional, a existência de normas-programa.[92]

De qualquer modo, verifica-se que a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa (queiramos, ou não, chamá-las de programáticas) corresponde, em verdade, a uma exigência do Estado Social de Direito, regra à qual não foge a nossa Constituição.[93] Ademais, há

[88] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 171 e ss.

[89] A respeito do conceito, conteúdo e significado das normas programáticas no direito constitucional brasileiro, v., por todos, a paradigmática obra de R. M. M. Nery Ferrari, *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

[90] Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 113 e ss.

[91] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 184-6.

[92] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 189-90.

[93] Sobre as funções e importância das normas programáticas v., entre nós, especialmente as contribuições de J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 130 e ss. e, mais recentemente, de P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 218 e ss., em que pese a existência de diversos outros trabalhos de inequívoco valor sobre o tema.

quem diga – e não se trata de vozes isoladas – que as normas programáticas exercem importante função na ordem constitucional, atuando como verdadeiras válvulas de natureza ideológica, resultando dos compromissos políticos estabelecidos por ocasião do momento constituinte com o objetivo de atender aos reclamos das diversas facções e grupos sociais.[94] Por derradeiro, não se deve desconsiderar a existência, no próprio catálogo dos direitos fundamentais, de preceitos que assumem a feição de normas programáticas ou, no mínimo, de normas que estabelecem programas, fins e tarefas para os órgãos estatais, bem como ordens dirigidas ao legislador, do que dão conta os exemplos já referidos e aos quais aqui não pretendemos retornar.[95]

Tendo em vista que haveremos de nos debruçar sobre a problemática específica da eficácia das normas programáticas, isto é, dos direitos fundamentais que assumem esta forma no que diz com a técnica de sua positivação, basta-nos, por ora, a certeza de sua existência, ao que se soma a constatação já feita de que todas as normas constitucionais – inclusive as chamadas de programáticas – são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade. Por outro lado, ainda que compartilhemos o ponto de vista que aceita (independentemente do problema da eficácia) a existência de normas programáticas, não acreditamos ser possível sustentar a concepção de acordo com a qual desnecessária ou, no mínimo, supérflua, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF considerando esta como uma fórmula destituída de conteúdo, na medida em que não tem o condão de outorgar às normas carentes de concretização sua plena eficácia.[96] Tal constatação, que não parece corresponder à vontade do Constituinte, nos reconduz, todavia, ao cerne da problemática posta neste item, ou seja, a de desvendar o significado da aplicabilidade imediata para os direitos fundamentais.

Se voltarmos no tempo e retomarmos as posições clássicas a respeito da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, verificaremos que já a doutrina norte-americana do século XIX e, entre nós, Ruy Barbosa, seu mais ilustre e ardoroso defensor, não questionavam que os direitos e garantias constituíam normas de natureza autoaplicável (ou autoexecutável), não dependendo de atuação legislativa para sua aplicação aos casos concretos e para que viessem a gerar a plenitude de seus efeitos.[97] Tal entendimento, contudo, não deve conduzir – em nosso sentir – à equivocada conclusão de que nas Constituições contemporâneas, de modo especial nas que consagram um Estado Social, todos os direitos fundamentais podem, sem qualquer exceção, ser enquadrados nesta categoria. Não se deve olvidar, nesse contexto, que a doutrina clássica, tal como formulada por Ruy Barbosa, não conhecia (e, na verdade, nem poderia) os direitos econômicos, sociais e culturais de natureza prestacional hodiernamente contemplados em grande parte das Constituições.[98] Assim, constata-se

[94] Nesse sentido, v. a lição de M. O. F. Figueiredo Santos, *in: RDP* nº 86 (1988), p. 143. Para uma releitura do problema das assim chamadas normas programáticas v., em especial, C. Santos Botelho. *Os direitos sociais em tempos de crise*, Coimbra: Almedina, 2015.

[95] A esse respeito, v. também a posição e os exemplos de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 113 e ss. Não esqueçamos, por outro lado, que talvez a maior parte dos direitos fundamentais de cunho programático se encontra fora do catálogo (Título II da Constituição), sendo que alguns dos exemplos referidos justamente se enquadram nesta hipótese.

[96] Esse, contudo, parece ser o ponto de vista de M. G. Ferreira Filho, *in: RPGESP* nº 29 (1988), p. 43, quando sustenta que "não é o art. 5º, § 1º, que fará auto-aplicável o que não pode ser auto-aplicável".

[97] Cf. R. Barbosa, *Commentários II*, p. 483 e ss.

[98] Isto não significa, consoante lembra R. Russomano, *in: As Tendências Atuais do Direito Público*, p. 277, que o próprio Ruy Barbosa não tenha, ainda ao tempo em que formulou sua concepção, previsto a necessidade de uma adaptação

que apenas os clássicos direitos de liberdade e igualdade (incluindo aqui os direitos políticos) eram, de fato, considerados – ainda mais pela doutrina norte-americana, de notória inspiração liberal-burguesa – normas autoaplicáveis, de tal sorte que qualquer referência a esta concepção não pode deixar de considerar esses aspectos.

O Constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata. Além disso, já se verificou que boa parte dos direitos fundamentais sociais (as assim denominadas liberdades sociais) se enquadra, por sua estrutura normativa e por sua função, no grupo dos direitos de defesa, razão pela qual não existem maiores problemas em considerá-los normas autoaplicáveis, mesmo de acordo com os padrões da concepção clássica referida. Cuida-se, sem dúvida, de normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, o que, por outro lado, não significa que a elas não se aplique o disposto no art. 5°, § 1°, de nossa Constituição, mas, sim, que esse preceito assume, quanto aos direitos de defesa, um significado diferenciado. Outros direitos fundamentais há, de modo especial – mas não exclusivamente – entre os direitos sociais, que, em virtude de sua função prestacional e da forma de sua positivação, se enquadram na categoria das normas dependentes de concretização legislativa, que – a exemplo do que já foi visto – podem ser também denominadas de normas dotadas de baixa densidade normativa. Ainda que estes direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis, não há, por certo, como sustentar que o sejam de forma idêntica aos direitos de defesa, consoante, aliás, tentaremos demonstrar no decorrer do nosso estudo.

Com base no exposto, e partindo da premissa de que não há como tomar a sério os direitos fundamentais no Brasil se não se levar a sério o disposto no art. 5°, § 1°, de nossa Constituição, constata-se, desde logo, a necessidade de não subestimarmos (nem superestimarmos) o significado e alcance desta norma. Que esse preceito se aplica tão somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas constitucionais, como aparentemente quer fazer crer parte da nossa doutrina, constitui, por si só, conclusão que assume uma relevância não meramente secundária. Em hipótese alguma o significado do art. 5°, § 1°, da CF poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais.[99] Nesse contexto, sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5°, § 1°, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.[100] Além disso, há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente e vinculante desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de "assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário,(...) investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos".[101]

do conteúdo das Constituições em face das transformações na esfera socioeconômica, profetizando que o acentuado individualismo das declarações de direitos haveria de ceder ao "sopro de socialização que agita o mundo".

[99] Cf., entre outros, P. M. G. V. Patto, *in: DDC* n° 33-4 (1988), p. 480.

[100] Essa a lição de F. Piovesan, *in: RPGESP* n° 37 (1992), p. 73.

[101] Assim também F. Piovesan, *Proteção Judicial*, p. 92, com arrimo especialmente na lição de J. J. Gomes Canotilho e no paradigma das ordens constitucionais lusitana e espanhola.

Parte da doutrina ainda foi bem além, sustentando o ponto de vista segundo o qual a norma contida no art. 5°, § 1°, da CF estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo. Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia.[102] A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5°, § 1°, da CF –, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se do instrumental fornecido pelo art. 4° da Lei de Introdução ao Código Civil, de acordo com o qual: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".[103]

Sem ainda nos posicionarmos de forma conclusiva, entendemos que não há como acolher, de forma integral e com todas as suas consequências, as concepções extremadas ora apresentadas. Caso fôssemos aderir ao entendimento de que a norma contida no art. 5°, § 1°, da CF não possui (nem pode possuir) a força de transformar uma norma incompleta e carente de concretização em direito imediatamente aplicável e plenamente eficaz, já que não há como contrariar a "natureza das coisas", poderíamos, desde já, capitular diante desta constatação e considerar o citado preceito como inexistente, ou, no mínimo, reconhecer que se cuida de fórmula destituída de conteúdo, visto que nada mais se pode fazer do que extrair da norma o que dela mesma é possível retirar. Nesse caso, efetivamente não existiriam maiores diferenças entre os direitos fundamentais e os demais dispositivos da Constituição. Que essa posição extremamente simplista e – por que não dizer – pessimista não pode prosperar já resulta do simples fato da previsão expressa de dispositivo análogo ao art. 5°, § 1°, da CF em outras Constituições, a não ser que se parta da premissa de que também estas nada mais fizeram do que criar preceito inócuo e desnecessário.

Mas também a posição situada no outro extremo, de acordo com a qual todos os direitos fundamentais podem, por força do disposto no art. 5°, § 1°, da CF ser considerados normas diretamente aplicáveis e alcançar sua plena eficácia independentemente de qualquer ato concretizador, deve ser avaliada com certa cautela, o que não significa refutar um conteúdo diretamente aplicável a tais normas. Que o Judiciário possa (e deva) viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes pode ser aceito em diversas hipóteses e até mesmo como regra geral, o que não significa a inexistência de limites a esta atividade, que não podem ser desconsiderados. Ainda que se pudesse argumentar que a remoção de lacunas pelos órgãos judiciários em todos os casos concretos é, ao menos em tese, sempre possível, inexistindo qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes, há certas barreiras que impedem se possa acolher de forma absoluta a solução pro-

[102] Nesse sentido, v. as posições de E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 312 e ss. Referindo um dever de aplicação imediata, v., por último W. Steinmetz, "O dever de aplicação imediata ...", op. cit., p. 113 e ss.

[103] Assim leciona R. R. Ruschel, *in: AJURIS* n° 58 (1993), p. 294 e ss. No mesmo sentido, v. E. R. Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, p. 128-9, e L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 145-7.

posta. Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva.

Sem que se pretenda aqui desenvolver esta problemática, já que será objeto de detida análise quando nos debruçarmos sobre a questão específica da eficácia dos direitos fundamentais prestacionais, inclusive à luz de alguns exemplos concretos, podemos constatar, desde já, que também no que diz com o significado da norma contida no art. 5°, § 1°, da CF uma solução de natureza intermediária apresenta as melhores possibilidades de afirmação e realização prática. Nesse contexto, faz-se necessária breve retomada do problema da eficácia das normas constitucionais. Considerando o que já foi exposto sobre esta matéria, podemos partir da premissa de que também na esfera dos direitos fundamentais há como sustentar a distinção entre dois grupos de normas, quais sejam, as que – em virtude de sua insuficiente normatividade – não se encontram em condições de, independentemente de uma *interpositio legislatoris*, gerar a plenitude de seus efeitos, e aquelas normas que – por dotadas de suficiente normatividade – não reclamam ato de natureza concretizadora para que possam ser imediatamente aplicáveis aos casos concretos e alcançar, desde logo, sua plena eficácia.

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5°, § 1°, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais,[104] entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan.[105] Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas

[104] Como, de resto, já transpareceu ao longo de todo o nosso texto, optamos por não adentrar a discussão em torno das diferenças entre regras e princípios, considerando ambas como sendo espécies do gênero normas jurídicas. Nesse sentido, adotamos (não sem deixar de referir que reconhecemos a existência de aspectos problemáticos dignos de análise mais acurada, especialmente à luz do sistema constitucional pátrio) – e linhas gerais – as lições de Robert Alexy e Gomes Canotilho – a cuja obra nos reportamos no que concerne à conceituação e caracterização das regras e princípios. Cuida-se, sem dúvida, de um dos mais intrincados tópicos da teoria geral do direito (e não apenas do direito constitucional), a respeito do qual existe vasta produção doutrinária, seja sistematizando e discutindo o pensamento dos autores citados e de outras relevantes contribuições nesta seara (notadamente a do americano Ronald Dworkin), seja apresentando propostas críticas e alternativas. Assim, apenas a título ilustrativo, destacamos – no que diz com a doutrina nacional – os trabalhos de J. Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002 (com relevante proposta alternativa ao esquema de Alexy), R. Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais* (com apresentação do próprio Gomes Canotilho), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, W. C. Rothenburg, *Princípios Constitucionais*, Porto Alegre: Fabris, 1999. Dentre a literatura mais recente, destacam-se, o primeiro, pela defesa da doutrina de Alexy, o segundo, por uma crítica a este modelo, as contribuições de V. A. da Silva, "Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *in: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2003, p. 607-630 (mais recentemente, v., do mesmo autor, *O Conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 49 e ss.), e de H. Ávila, *Teoria dos Princípios*, 4ª ed., 2005, especialmente p. 22 e ss., sem prejuízo de outras publicações de relevo, mais ou menos envolvidas com a explicitação dos modelos "clássicos" de Dworkin ou Alexy, ou mesmo com a sua reconstrução crítica, como é o caso, dentre outros, da obra de A. P. Barcellos, *A eficácia dos princípios constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[105] Não é outra a lição de K. Hesse, *in: EuGRZ* 1978, p. 433, para quem o art. 1°, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha (que também serviu de paradigma para o nosso constituinte) embasa tanto o entendimento de que os direitos fundamentais não se encontram à disposição dos órgãos estatais, quanto impõe a estes a obrigação positiva de fazer tudo o que for necessário à realização dos direitos fundamentais.

diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada,[106] razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.

Considerando a nossa posição de que há que diferenciar entre as diversas normas de direitos fundamentais (e os direitos fundamentais assumem um perfil complexo, pois abarcam diversas posições jurídicas fundamentais) e mesmo tendo em conta a igualmente compartilhada noção de que texto e norma não se confundem, estranhamos a crítica que nos foi endereçada por Wilson Steinmetz,[107] quando sugere que não estabelecemos distinção entre as normas de direitos fundamentais quanto à sua eficácia e aplicabilidade. De qualquer sorte, a crítica nos anima a explicitar melhor o nosso ponto de vista, pois como enfatizado quando do exame da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e da sua multifuncionalidade e classificação, um direito fundamental (não desconhecemos a distinção entre a noção do direito como um todo e das diferentes posições que lhe são correlatas) abarca um complexo diferenciado de posições jurídicas e assume uma dupla função (ou dimensão) positiva e negativa, o que, como visto logo atrás, implica também (em que pese o elo comum da aplicabilidade imediata) uma eficácia diferenciada, pois o fato de se aplicar diretamente uma norma de direito fundamental, não leva necessariamente às mesmas consequências jurídicas, inclusive no que diz com uma maior ou menor consideração de uma atuação, ou não, do legislador infraconstitucional. Que a aplicabilidade imediata de uma norma de direito fundamental não implica que, na perspectiva subjetiva, cada direito fundamental, ainda mais quando se cuida de direitos a prestações, se transforme em um direito a qualquer coisa ou um direito absoluto, no sentido de não submetido a limites e restrições, vai aqui reafirmado e há de pautar também as considerações subsequentes.

Para além disso (e justamente por esse motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada,[108] presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem uma *interpositio legislatoris*, além de gerarem – em qualquer hipótese – uma eficácia em grau mínimo. Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os

[106] A respeito da distinção entre regras e princípios, como espécies do gênero normas jurídicas, v., entre outros, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 172 e ss.

[107] Cf. W. Steinmetz, "O dever de aplicação imediata...", op. cit., p. 121 e ss.

[108] Nesse sentido, v. especialmente a lição de P. M. G. V. Patto, *in: DDC* n° 33-34 (1988), p. 484 e ss. Também a doutrina alemã sustenta que o art. 1°, inc. III, da Lei Fundamental gera em favor dos direitos fundamentais uma presunção de aplicabilidade e eficácia. Assim, por exemplo, se posiciona o clássico G. Dürig, *in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 1, inc. III, p. 43. Entre nós, registram-se as recentes adesões de A. M. Silva, *Concretizando a Constituição*, p. 170 e ss., explorando o tema no plano da concretização das normas constitucionais, A. G. Bontempo, *Direitos Sociais, Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*, Curitiba: Juruá, p. 175 e ss., e, por último, de J. Shäfer, *Classificação dos Direitos Fundamentais*, p. 67.

postulados de uma interpretação tópico-sistemática, tal qual proposta, entre nós, na já referida e referencial obra de Juarez Freitas.

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.[109] Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora.[110] Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha.[111] Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo – isto é, pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional.[112]

Mas também há quem se posicione de modo crítico ao reconhecimento da imediata aplicabilidade de todas as normas de direitos fundamentais. É o caso João Pedro Gebran Neto e Sérgio Fernando Moro, que produziram, monografias dedicadas especialmente ao tema ora versado. No que diz com o primeiro autor, para além de sua já lembrada interpretação restritiva do alcance do art. 5º, § 1º (que abrangeria apenas os direitos individuais e coletivos do art. 5º da nossa Carta Magna), foi formulada crítica incisiva ao nosso posicionamento, também quanto ao fato de sustentarmos (e seguirmos convictos da nossa posição) que o referido dispo-

[109] Cumpre relembrar, nesse contexto, que a qualificação de determinados direitos como fundamentais decorre justamente de sua especial relevância na ordem constitucional, que assume uma dimensão simultaneamente material e formal. A esse respeito, remetemos ao capítulo IV, 2 e 3 (1ª parte).

[110] Cf. E. G. de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 73. Ressalte-se, todavia, que o próprio autor – a exemplo da doutrina e jurisprudência majoritárias na Espanha – reconhece que a norma contida no artigo 53, 1, da Constituição Espanhola ("los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos") não se aplica aos "principios rectores de la política social y económica" do Capítulo III, onde constam os direitos sociais de natureza prestacional (proteção da família, saúde, educação, meio ambiente etc.), que – apesar de vinculantes e eficazes como toda norma constitucional – dependem, para alcançarem a plenitude de seus efeitos, de interposição legislativa.

[111] Nesse sentido v. também, mais recentemente, C. Caúla, *Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição*, op. cit., p. 91 e ss.

[112] Cf. K. Stern, *in: HBStR V*, p. 69, citando passagem da autoria de Carlo Schmid, deputado social-democrata e um dos mais destacados autores da Lei Fundamental da Alemanha.

sitivo constitucional representa uma espécie de mandado de otimização (no sentido de Alexy), que impõe a maximização (portanto, otimização) da eficácia de todos os direitos fundamentais. Com efeito, segundo averba, em síntese, o autor citado, "este *plus* que se busca conferir aos direitos fundamentais, na prática, significa nada ou muito pouco", já que "a propalada maior aplicabilidade imediata é, salvo melhor juízo, e na medida das possibilidades que o próprio texto oferece, atributo de todas as normas constitucionais, como resultado do princípio da máxima efetividade e da força normativa da Constituição".[113] Que a aplicabilidade imediata (na medida exatamente da eficácia jurídica peculiar a cada norma) é qualidade inerente a toda e qualquer norma constitucional – mesmo de eficácia limitada –, independentemente da expressa previsão do artigo 5º, § 1º, da nossa Carta Magna, nós mesmos já tivemos oportunidade de afirmar enfaticamente na presente obra. Justamente por essa razão (ainda que não exclusivamente) é que uma exegese afinada com a posição de destaque que os direitos fundamentais ocupam na ordem jurídica não poderia limitar-se (como o fez expressamente, inclusive no título de seu livro, o autor ora referido) a enunciar que os direitos fundamentais (e, de resto, apenas os elencados no art. 5º) são imediatamente aplicáveis. Da mesma forma – exatamente pelo fato de que o preceito em exame (como bem lembra o nosso qualificado interlocutor) carece de um "sentido próprio, que não pode ser esvaziado de seu conteúdo e muito menos ser identificado com os princípios constitucionais antes referidos"[114] (no caso, os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição), é que não poderemos abrir mão da noção de que em favor das normas de direitos fundamentais (e não de todas as normas constitucionais, igualmente aplicáveis imediatamente) vigora uma presunção de plenitude eficacial,[115] que, todavia, não implica uma absoluta uniformidade quanto aos efeitos dessa eficácia plena.

Por outro lado, argumentando de modo diverso, Sérgio Moro, apesar de reconhecer que o nosso entendimento "representa um significativo avanço na interpretação do referido § 1º do art. 5º e para o desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais de direito fundamental", pondera que tal modo de compreender o alcance e significado do citado preceito "pode, entretanto, caso tratado equivocadamente, contribuir apenas para a justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem a eficácia às normas de direito fundamental, principalmente quando envolvidos direitos a prestações estatais".[116] Ainda que aqui não passamos dialogar mais com o ilustre autor, igualmente seguimos mantendo a nossa posição inicial, já que – e assim pensamos ter deixado claro em todas as nossas manifestações sobre o tema (notadamente em face dos argumentos deduzidos nos capítulos que seguem –, justamente em virtude de uma necessária otimização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, também os direitos a prestações materiais são exigíveis em Juízo, na condição de direitos subjetivos individuais (ou transindividuais, se for o caso). Tendo em conta que voltaremos a nos posicionar quanto ao ponto, inclusive com argumentos adicionais e exemplos concretos, deixaremos aqui de desenvolver a sustentação do nosso ponto de vista.

[113] Cf. J. P. Gebran Neto, *A Aplicação Imediata...*, p. 155.

[114] Cf. J. P. Gebran Neto, *A Aplicação Imediata,...* p. 155-6.

[115] Nesse sentido, o enfático e sob todos os aspectos elogiável posicionamento de F. K. Comparato, *O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais...*, p. 252.

[116] Cf. S. F. Moro, *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*, p. 69 e ss.

Por outro lado, cientes de que o tema ora analisado suscita diversos outros aspectos que não foram enfrentados, além de merecer investigação mais aprofundada, relembramos o leitor de que não se pretendeu, nesta oportunidade, mais do que apresentar o problema e esboçar algumas considerações de cunho genérico sobre o significado da aplicabilidade imediata das normas que versam sobre os direitos fundamentais, que, por sua vez, servirão de ponto de partida para a análise da problemática da eficácia dos direitos fundamentais, no qual os aspectos específicos relativos aos diversos grupos de direitos fundamentais – alguns dos quais já sumariamente referidos – serão objeto de maior atenção.

3.3. A eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita: significado da aplicabilidade imediata para cada categoria dos direitos fundamentais

3.3.1. A título de preliminar

Inicialmente, é preciso ressaltar que não se pretende, com a presente investigação, analisar todos os aspectos inerentes a cada modalidade de positivação dos direitos fundamentais, mas tão somente a problemática de sua eficácia, de modo especial para que se possa averiguar que efeitos de natureza jurídico-objetiva e subjetiva que estão aptos a desencadear. Já se anotou alhures que a forma de positivação e a função exercida pelos direitos fundamentais se encontram umbilicalmente ligadas à sua eficácia e aplicabilidade. Além disso, constatou-se que a graduação da carga eficacial dos direitos fundamentais depende, em última análise, de sua densidade normativa, por sua vez igualmente vinculada à forma de proclamação no texto e à função precípua de cada direito fundamental. Tais aspectos deverão ser objeto permanente de nossa consideração, de tal sorte que consideramos oportuno partir, desde logo, de uma análise distinta relativamente aos dois principais grupos nos quais podem ser divididos os direitos fundamentais, de acordo com o critério de sua função preponderante, quais sejam, os direitos de defesa e os direitos a prestações. Nesse contexto, tornar-se-á indispensável que sejam traçadas as características distintivas de ambos os grupos de direitos, destacando-se os direitos sociais de natureza prestacional, que, em face de suas peculiaridades, merecerão certo destaque, já que é com relação a eles que se manifestam as maiores dificuldades.

É necessário ter sempre em mente, por outro lado, que na base de todos os desenvolvimentos que hão de seguir se encontra o postulado otimizador da máxima eficácia possível, bem como a presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficacial das normas de direitos fundamentais, decorrente da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, que constituirá fio condutor da exposição, tanto no que diz com os direitos de defesa, quanto no que concerne aos direitos prestacionais. Não esqueçamos que o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não elucida de que forma se dá esta aplicabilidade e quais os diversos efeitos jurídicos que lhes são inerentes. Por derradeiro, cumpre ressaltar que, num primeiro momento, priorizaremos uma apresentação genérica das cargas eficaciais dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade de sua justiciabilidade enquanto

direitos subjetivos, relegando para um item em separado a problemática específica da eficácia vinculativa dos direitos fundamentais relativamente aos órgãos estatais e aos particulares.

3.3.2. A eficácia dos direitos de defesa

Enquanto a plena eficácia dos direitos de defesa, integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, que, preponderantemente, reclamam uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos particulares (como destinatários dos direitos), virtualmente não costuma ser questionada, o mesmo não se pode afirmar com relação aos direitos sociais, ao menos não quando considerados na sua dimensão prestacional. Que isto seja assim não é difícil de compreender e já foi, de forma ao menos tangencial, objeto de menção. Na medida em que os direitos de defesa geralmente – e de forma preponderante – se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, que deve se abster de ingerir na esfera da autonomia pessoal ou, de modo geral, no âmbito de proteção do direito fundamental, não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos de prestações (fáticas ou normativas) do Estado ou dos destinatários da norma.[117] Além disso, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos fundamentais encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já sustentava a clássica concepção das normas autoexecutáveis. Justamente na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF tem por objetivo precípuo oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo.[118]

Outro argumento que justifica a tese da aplicabilidade imediata dos direitos de defesa diz com a presunção fundada no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição. Vale a pena consignar, a esse respeito, a lição de Vieira de Andrade, para quem, em se cuidando de direito, liberdades e garantias (em suma, de direitos de defesa) e em ocorrendo a falta (ou insuficiência) de lei, "o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua autossuficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa".[119] A alegação de que também na esfera dos direitos de defesa nos deparamos seguidamente com expressões vagas e abertas, que reclamam um preenchimento mediante o recurso à hermenêutica, para que possam ser aplicadas as respectivas normas, não chega a constituir, portanto, obstáculo para a imediata aplicabilidade destes direitos fundamentais, já que não há necessidade, em função da natureza própria dos direitos de defesa, de remeter esta

[117] Nesse sentido, a posição, entre nós, de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 105, ressaltando, ainda, que tais direitos fundamentais, de matriz liberal-burguesa, têm a seu favor a própria lei da inércia.

[118] Cf. J. Miranda, *Manual IV*, p. 277, quando fala na imediata invocabilidade das normas exequíveis por si mesmas.

[119] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 256-7.

função para o legislador, uma vez que o seu conteúdo, em regra, poderá ser objeto de determinação por via de interpretação ao nível da Constituição, tarefa que incumbe precipuamente aos tribunais.[120]

As diretrizes fixadas, válidas para os direitos de defesa, alcançam igualmente boa parcela dos direitos fundamentais sociais consagrados em nossa Constituição. Nesse sentido, já se constatou que as assim denominadas liberdades sociais equivalem, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, aos clássicos direitos de liberdade e igualdade, reclamando uma abstenção por parte do destinatário e não dependendo, em regra, da alocação de recursos e de concretização legislativa. Quanto a esses direitos sociais, já se sustentou, entre nós, que desencadeiam sua plena eficácia, gerando para o seu titular um direito subjetivo (situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção).[121] Nesse particular, impõe-se breve referência ao paradigma fornecido pela Constituição portuguesa de 1976, que, em seu art. 17, dispõe que os direitos fundamentais análogos (no sentido de equiparáveis) aos direitos, liberdades e garantias se encontram sujeitos ao regime jurídico reforçado a estes atribuído, especialmente o da aplicabilidade direta e da proteção contra restrições legislativas, consoante disposto no art. 18 da Constituição portuguesa.[122] Ainda que a nossa Constituição não contenha dispositivo similar ao art. 17 da Constituição lusitana, já que o art. 5º, § 1º, da CF se aplica a todos os direitos fundamentais (no que o nosso Constituinte ousou ir mais além do que a maioria dos exemplos coletados no direito comparado), o fato é que também relativamente aos direitos sociais de defesa (as liberdades sociais) o postulado da aplicabilidade imediata e a presunção dele resultante não poderiam, na verdade, ser questionados seriamente.[123]

Apesar da, em princípio, inquestionável plenitude eficacial dos direitos de defesa – ao menos em face do que dispõe o art. 5º, § 1º, da CF – é preciso registrar que os argumentos colacionados neste item e no anterior ainda não encontraram, entre nós, sua plena aceitação, de modo especial na jurisprudência da nossa mais alta Corte. Nesse sentido, cumpre registrar a posição do nosso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de Mandado de Injunção versando sobre a ausência de regramento legislativo do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, inc. VII, da CF). Nesta decisão – já referida em outra oportunidade –, a nossa Corte Constitucional conheceu da ação e a julgou parcialmente procedente, argumentando que o direito de greve dos servidores públicos, por tratar-se de norma de eficácia limitada, depende de concretização legislativa, o que resultou na declaração da inconstitucionalidade por omissão e na comunicação da decisão ao Congresso Nacional.[124] Para a maioria absoluta dos ministros, a norma contida no art. 37, VII, da CF, expressamente deixou a concretiza-

[120] Essa também a lição de J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 257.

[121] Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 106, com referência ao direito de greve (art. 9º da CF).

[122] Relembre-se, aqui, que estes direitos análogos também são encontrados no título dos direitos sociais, podendo, além disso, ser garimpados no direito internacional e nas leis (art. 16/1 da CRP).

[123] Dentre os diversos exemplos em nossa Constituição – vários dos quais já referidos em outra oportunidade –, destacam-se o direito de licença à gestante por cento e vinte dias (art. 7º, inc. XVIII), a proibição de discriminação no trabalho, no que tange a salários, admissão etc. (art. 7º, incs. XXX, XXXI e XXXII), a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 14 anos (art. 7º, incs. XXXIII), igualdade de direitos do trabalhador com vínculo e o avulso (art. 7º, incs. XXXIV), o direito de livre associação profissional e sindical (art. 8º), bem como o direito de greve (art. 9º).

[124] Cf. *RDA* nº 201 (1995), p. 166 e ss.

ção do direito de greve para o legislador, considerando que este direito dos servidores públicos apenas poderia ser exercido na medida da lei.[125]

Para além disso, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, na decisão ora questionada, apenas seguiu a orientação que já havia fixado por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 20-4 (19.05.94), utilizando-se virtualmente dos mesmos argumentos. Em que pesem essas decisões terem correspondido à posição dominante na doutrina, a crítica não se fez esperar. Oportunamente se alegou – entre outros aspectos – que o Tribunal julgou de forma manifestamente contrária ao sentido do art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, de acordo com o qual todos os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis.[126] Sem adentrar aqui o exame das diversas questões que suscita a decisão referida, importa ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, mesmo diante de um típico direito de defesa (no caso, uma liberdade social), sustentou a necessidade de uma atuação concretizadora do legislador nos casos em que o próprio Constituinte considerou esta como pressuposto do exercício do direito fundamental.[127]

Analisando-se a questão à luz das considerações tecidas quando tentamos clarificar o significado e alcance do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ver-se-á que as críticas dirigidas contra esta decisão do Supremo Tribunal Federal não deixam de ser – ao menos parcialmente – procedentes. No mínimo, poder-se-á objetar que, em se tratando de direito fundamental de defesa, uma atuação do legislador poderá até ser importante, mas sua ausência – mesmo diante de remissão expressa por parte do Constituinte – não constitui forçosamente um obstáculo para a aplicação direta da norma. Por mais que alguns queiram compartilhar da posição majoritária no Supremo Tribunal Federal, não haveria razão para deixar de se reconhecer pelo menos outros possíveis efeitos que poderiam ser deduzidos diretamente da norma constitucional.

Nessa linha de entendimento, poder-se-á, por exemplo, sustentar que em face da ausência da omissão contumaz e injustificada do legislador, não está o poder público legitimado a suprimir os vencimentos dos servidores em greve, ainda mais considerando o cunho alimentar da verba (como, de resto, já foi reconhecido em algumas esferas judiciárias), bem como a impossibilidade do corte nos repasses financeiros destinados ao pagamento dos funcionários grevistas, tal qual ocorreu na polêmica e provisória decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio (ainda que na condição de Relator responsável pela concessão de liminar), que, além de destacar ser a greve direito fundamental também do servidor público, considerou desproporcional e

[125] Com efeito, constata-se que o art. 37, inc. VII, da CF dispõe espressamente que "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar."

[126] Essa a posição de C. H. Alves Duarte, *in: BDA* nº 9 (1994), p. 539-40, que também criticou o fato de o Supremo Tribunal Federal ter equiparado o Mandado de Injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deixando de assegurar, no caso concreto, a fruição do direito. Anote-se, no entanto, que tais críticas foram dirigidas apenas contra a decisão proferida no Mandado de Injunção nº 20-4, aplicando-se, contudo, igualmente ao julgamento posterior, já que em causa o mesmo dispositivo (direito de greve dos servidores públicos), sendo idêntico o resultado.

[127] Cf. *RDA* nº 201 (1995), p. 166 e ss. Há que referir – a exemplo do que se fez em outro momento – a existência de posição divergente, conduzida pelo voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que considerou o art. 37, inc. VII, da CF como norma de eficácia restringível, mas, independentemente de uma atuação do legislador (que, nesse caso, poderia apenas regulamentar e restringir o alcance da norma), apta, por isso mesmo, a desencadear sua plenitude eficacial, sendo diretamente aplicável. Para além da posição tomada pelo Tribunal, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que já fez em inúmeras outras situações, costuma adotar a concepção de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais em geral, além da referência à posição de Celso R. Bastos sobre o sentido e alcance da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF.

inclusive ofensiva à dignidade do servidor a supressão dos vencimentos.[128] Com efeito, cuidando-se a greve de direito social eminentemente negativo (em se considerando a sua condição de direito subjetivo do trabalhador), verifica-se a presença de diversas possibilidades de outorgar-lhe, inclusive pela via jurisdicional, uma eficácia e efetividade suficiente a proteger minimamente o indivíduo que deste direito fizer uso à revelia do legislador omisso.

Nesse contexto, especialmente para os seguidores da classificação tríplice proposta por José Afonso da Silva, cumpre alertar para a distinção entre as normas de eficácia contida (onde a remissão ao legislador não retira da norma sua plena eficácia e aplicabilidade imediata, mas apenas significa a possibilidade de restrições posteriores na esfera dos efeitos jurídicos) das normas de eficácia plena. É este mais um motivo pelo qual consideramos – como já ressaltado – mais adequada a classificação das normas constitucionais (inclusive das normas definidoras de direitos fundamentais) em dois grupos no que concerne ao critério de sua eficácia jurídica.

Sintetizando, podemos afirmar que, em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito. Reitere-se, nesse contexto, que inexiste qualquer razão para não fazer prevalecer o mandado contido no art. 5°, § 1°, da Constituição, já que não se aplicam a estas hipóteses (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, especialmente os da ausência de recursos (limite da reserva do possível) e a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação, aspectos sobre os quais voltaremos a nos manifestar de modo mais detido.[129]

Utilizando-nos, ainda, do exemplo referido (direito de greve dos servidores públicos) e partindo da premissa de que se cuida de preceito diretamente aplicável e plenamente eficaz, verificamos, desde logo, que nos encontramos diante de duas alternativas. De acordo com a primeira, poder-se-á, a exemplo da posição dissidente, representada pelo voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, considerar dispensável até a interposição de Mandado de Injunção para, no caso concreto, assegurar a fruição do direito mesmo sem atuação do legislador. Nesse caso, em face de agressão ou ameaça por parte dos poderes públicos, poder-se-ia cogitar inclusive do ingresso imediato de Mandado de Segurança individual ou coletivo. Não se deve olvidar, aqui, que o Mandado de Injunção pressupõe norma constitucional carente de concretização pelo legislador, de tal sorte que, em face de norma de eficácia plena e diretamente aplicável, se poderia sustentar a existência de afronta (por omissão) a direito líquido e certo dos particulares. Outra possibilidade – talvez a mais adequada à hipótese – não deixaria de considerar a circunstância de que a Constituição remeteu a concretização do direito em questão ao legislador (não apenas para fins de eventual restrição) reconhecendo, todavia, que, em face da desnecessidade de qualquer outra providência, a não ser a edição da norma legal reclamada pelo Constituinte, haveria

[128] Cf. decisão proferida em 30/10/2001, no Agravo Regimental n° 2.061-DF, extraída do Boletim Informativo n° 248 do Supremo Tribunal Federal.

[129] É evidente que aqui não olvidamos a circunstância de que também os direitos de defesa (incluindo os direitos sociais negativos) possuem um "custo", já que, para sua proteção, indispensável a alocação de recursos do poder público. Lembramos, todavia, que em face da possível distinção entre eficácia (jurídica) e efetividade, é nesta última esfera que se *concentra* a problemática da "reserva do possível" quando se cuida de direitos fundamentais na sua dimensão negativa.

de prevalecer a presunção decorrente do art. 5°, art. 1°, da CF, que, atuando como mandado de otimização, autorizaria, mediante o recurso ao Mandado de Injunção (independentemente de uma declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade por omissão), fosse, desde já, assegurada judicialmente aos particulares a efetiva fruição da liberdade fundamental.

Ainda no que diz com o direito de greve dos servidores públicos, importa registrar que o Supremo Tribunal Federal (Mandados de Injunção 670 e 712, 07.06.2006), promoveu uma guinada importante no que diz com o seu entendimento majoritário acima relatado, já que os Ministros referidos (cujos votas acabam por se somar aos posicionamentos já conhecidos dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence) opinaram pelo conhecimento e provimento dos Mandados de Injunção, no sentido de, ante a contumaz omissão legislativa, assegurar o exercício do direito subjetivo de greve por parte dos servidores públicos, aplicando, na pendência da falta de regulamentação específica, o regime da Lei n° 7.783/89, que dispõe sobre o exercício e limites do direito de greve na iniciativa privada. Ambos os Ministros – importa fique consignado – afirmaram a necessidade de preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos e a possibilidade, diante das circunstâncias do caso, de o Juiz impor regime de greve mais severo quando se cuidar de serviços ou atividades essenciais. Mesmo que a votação tenha sido suspensa em face de pedido de vista e que, portanto, não há como partir da premissa de que será este o resultado final do julgamento, os votos proferidos pelos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes indicam, ainda mais em se considerando todo um conjunto de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, notadamente em matéria de direitos fundamentais, que a nossa mais alta Corte está tendendo a valorizar cada vez mais a tese da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais e a ideia de que direitos fundamentais implicam sempre direitos subjetivos, de tal sorte que – como no caso do direito de greve do servidor público – a fruição do direito não pode restar condicionada a que o legislador se disponha a suprir a sua omissão. Em outras palavras, a violação da Constituição por parte do legislador não pode resultar em suspensão (ainda mais por prazo indeterminado) do exercício de direito fundamental pelo seu titular.[130]

Com base no exposto e independentemente da posição compartilhada em relação às situações específicas representadas pelo exemplo do direito de greve dos servidores públicos, verifica-se que os direitos de defesa constituem, em princípio, direito subjetivo individual, enquadrando-se – em se utilizando a classificação proposta por Celso A. Bandeira de Mello – naquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, para tanto, uma atitude abstencionista por parte do destinatário da norma.[131] Este direito subjetivo pode,

[130] O tema foi explorado em voto prolatado pelo Magistrado Pedro Pozza, no âmbito do julgamento do Agravo de Instrumento n° 70017227604 (11/01/2007), onde foi apontada a possibilidade de suprir contumaz omissão do legislador municipal no sentido de regulamentar o sistema de reserva de vagas para posteriores necessidades especiais em concursos públicos mediante a utilização dos parâmetros estabelecidos pela legislação estadual vigente. Embora vencido o relator, os argumentos deduzidos são convincentes e afinados com a perspectiva aqui privilegiada, guardando, de resto, sintonia com a hipótese da greve dos servidores público.

[131] Cf. C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* n° 57-58 (1981), p. 242. Nesse mesmo contexto, L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 106, sustenta a existência de direitos fundamentais que geram situações prontamente desfrutáveis e dependentes apenas de uma abstenção.

contudo, manifestar-se de diversas maneiras. Assim, socorrendo-nos da lição de R. Alexy, podemos sustentar que, na qualidade de direitos de defesa (na sua perspectiva jurídico-subjetiva) os direitos fundamentais agrupam-se em três categorias: a) direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; b) direitos à não afetação de propriedades e situações do titular do direito; c) direitos à não eliminação de posições jurídicas.[132] Observe-se que nestas diferenciadas manifestações jurídico-subjetivas encontra-se incluída também a possibilidade outorgada ao titular do direito de não gozar da liberdade ou fruir da posição jurídica fundamental assegurada, que, à evidência, não lhe pode ser imposta.

Por derradeiro, em que pese certa contenção por parte do Supremo Tribunal Federal no que tange ao reconhecimento das amplas possibilidades que decorrem do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – mesmo onde não se vislumbram obstáculos de maior relevância –, podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficacial e, consequentemente, sua efetividade. Além do mais, cumpre ressaltar que a eficácia dos direitos de defesa de longe não se esgota na perspectiva jurídico-subjetiva ora referida. A plena justiciabilidade (como direitos subjetivos) desta categoria dos direitos fundamentais pode até assumir a condição de principal manifestação de sua eficácia jurídica, não afastando, contudo, como já ressaltado alhures, outros efeitos jurídicos, inclusive na esfera jurídico-objetiva, que, por serem comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, serão referidas quando tratarmos dos direitos fundamentais a prestações, até mesmo para que possamos evitar inúteis e improdutivas repetições.[133]

3.4. A eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional como problema específico

3.4.1. Considerações preliminares

Se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa, razão pela qual a razão está com Canotilho ao enfatizar a necessidade de "cimentar juridicamente" o estatuto jurídico-constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais.[134] É precisamente em função do objeto precípuo destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude) que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade. Dentre as diversas questões que suscitam esses direitos fundamentais, há que destacar três, que, desde já, constituirão o objeto precípuo das considerações que irão seguir. Assim, pergunta-se: a) em que medida os direitos a prestações se encontram em condições de, por força do disposto no art. 5°, § 1°, da CF serem diretamente aplicáveis e gerarem sua plena eficácia jurídica? b) quais os diversos efeitos jurídicos inerentes à eficácia jurídico-normativa dos direitos fundamentais a prestações? c) é possível deduzir destes direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais? d) caso afirmativa a resposta à pergunta anterior, em que situações e sob que condições um direito subjetivo a prestações poderá ser reconhecido e, ainda, quais os seus limites?

Ponto de partida da nossa análise será, aqui, também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5°, § 1°, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexiste norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.[135] Convém salientar, ademais, que estamos tratando da eficácia como diretamente decorrente da Constituição, e não da eficácia de direitos derivados, no sentido de direitos legais, oriundos da concretização – em nível infraconstitucional – das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

Considerando o exposto e para que possamos debruçar-nos sobre a tentativa de responder – no sentido de esboçar uma proposta de solução – às questões referidas, haveremos de nos guiar por algum roteiro. Nesse sentido, a despeito da distinção que costuma ser traçada entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedimento), de regras consistentes em direitos a prestações normativas estatais, e os direitos a prestações em sentido estrito, isto é, os direitos a prestações materiais (os direitos sociais prestacionais), salientamos que é aos últimos que dedicaremos a nossa atenção, na medida em que são eles que suscitam os problemas mais cruciantes, constituindo, de certa forma, o *punctum dolens* da problemática. Como pressuposto para o enfrentamento adequado da questão da eficácia dos direitos a prestações sociais, impõe-se, numa fase preliminar, uma

[132] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 96 e ss. Entre nós, essa posição foi objeto de recente recepção na obra de E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 85.

[133] De qualquer sorte, é no mínimo controversa a afirmação de que no caso dos direitos sociais, designadamente no âmbito de sua perspectiva prestacional, a dimensão objetiva e os efeitos que lhe são inerentes é mais forte do que a dimensão subjetiva, tal qual, entre outros, aparentemente sugere I. Moreira, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 66 e ss., aspecto que, contudo, não teremos condições de desenvolver em particular.

[134] Cf. J. J. Gomes Canotilho, "Metodologia" fuzzy" y "camaleones normativos" e n la problemática actual de los derechos econômicos, sociales y culturales", *in:* Derechos y Libertades n° 06 (1998), p. 36.

[135] Tal aspecto, especialmente no que diz com a força jurídica variável dos direitos sociais, foi recentemente destacado por N. Jacobs, "La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels", *in: Revue Belgue de droit international*, vol. XXXII, (1999/1), p. 27.

referência às distinções entre os direitos de defesa e essa última categoria de direitos fundamentais. Em seguimento, ocupar-nos-emos dos direitos sociais prestacionais (assim como de sua possível dimensão programática quando positivados como normas definidoras de programas, fins e tarefas a serem implementados pelo Estado ou como normas impositivas), para que, enfim, possamos empreender a tentativa de deslindar a problemática relativa à possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações fáticas.

3.4.2. Aspectos relevantes concernentes à distinção entre a dimensão negativa (direitos de defesa) e positiva (direitos a prestações) dos direitos fundamentais

3.4.2.1. Considerações introdutórias

Em que pese já termos tecido algumas considerações a respeito das características dos direitos a prestações materiais sociais (direitos a prestações em sentido estrito), a compreensão da problemática da eficácia desta última categoria de direitos fundamentais pressupõe maior clarificação das características distintivas essenciais entre ambos os grupos de direitos, já que a natureza peculiar dos direitos sociais prestacionais poderá ser mais facilmente definida se comparados com os direitos de defesa, os quais, por já terem sido devidamente caracterizados, assumirão, nesse contexto, papel secundário. É necessário ressaltar, outrossim, que as assim denominadas liberdades sociais, consistentes nos direitos sociais equiparados aos direitos de defesa, ficam, evidentemente, excluídos do âmbito desta comparação, assim como fica excluída aqui a assim designada dimensão negativa dos direitos sociais prestacionais, que sempre geram poderes (direitos) subjetivos negativos no sentido, por exemplo, de viabilizarem a impugnação de atos que sejam contrários à sua realização, como ocorre com o direito à moradia quando da proteção da propriedade que serve de moradia contra a penhora, aspectos que aqui não iremos desenvolver.

Além disso, não se pretende aqui esgotar o tema em todos os seus possíveis aspectos, já que a problemática pode ser analisada com base em diferenciados critérios. Da mesma forma, renunciamos à pretensão de apresentar uma sistematização rigorosa dos diversos critérios e distinções, na medida em que a nossa intenção é tão somente a de destacar os aspectos mais relevantes e diretamente vinculados ao problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais. Por derradeiro, em que pese constituir também a eficácia um dos ângulos a partir do qual pode ser analisada a distinção entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, não será este aspecto da problemática abordado neste momento. Por tratar-se do objeto precípuo de nosso estudo (a eficácia dos direitos fundamentais), bem como por pressupor a clarificação dos demais critérios distintivos, cuidaremos dela com mais vagar – ao menos, no que tange aos direitos sociais prestacionais – a partir do próximo capítulo, lembrando que relativamente aos direitos de defesa a questão já foi suficientemente deslindada.

3.4.2.2. Os direitos sociais prestacionais e seu objeto

Na medida em que os aspectos mais relevantes no âmbito da distinção ora efetuada decorrem diretamente da natureza do objeto dos direitos sociais prestacionais,

há que iniciar por este critério, retomando-se parcialmente noções já lançadas no decorrer do nosso estudo, ainda que resumidamente. Já se assentou, nesse contexto, que, enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (portanto, o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma faceta de cunho negativo)[136] têm por objeto precípuo conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social.[137]

Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto,[138] já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.[139] Assim sendo, é de acolher-se a preciosa lição de José Eduardo Faria, para quem "os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios".[140]

Em que pesem as distinções apontadas, não se deve olvidar que também os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, assim como os próprios direitos de defesa podem, consoante já ressaltado, reclamar uma conduta positiva por parte do Estado, como ocorre com determinados direitos fundamentais de cunho procedimental, alguns direitos políticos e direitos que dependem de concretização legislativa, de tal sorte que se aponta corretamente para uma interpenetração entre ambos os grupos de direitos fundamentais também no que concerne ao seu objeto.[141]

Além disso, verificou-se que – para além dos direitos sociais – existem outros direitos fundamentais prestacionais, cujo conceito, portanto, é mais abrangente, de tal sorte que os direitos sociais prestacionais (direitos a prestações em sentido estrito), constituem espécie do gênero direitos a prestações. Tal constatação partiu da premissa de que não se deve reconduzir os direitos à participação na organização e

[136] A respeito deste ponto, vale conferir também a recente e notável contribuição de C. Courtis e V. Abramovich, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, especialmente p. 24 e ss., destacando aspecto por nós também assumido e sustentado, que as diferenças entre os direitos sociais (prestacionais) e os direitos de defesa são predominentemente de grau e não de caráter substancial.

[137] Cf. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 129.

[138] Assim se posiciona, dentre outros, J. R. Lima Lopes, *in: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 126-7.

[139] Cf. A. Fioranelli Jr., *in: RPGESP* nº 41 (1994), p. 23, baseado em lição de Fábio Konder Comparato.

[140] Cf. J. E. Faria, *in: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 105.

[141] Assim leciona, entre outros, J. Miranda, *in: CDCCP* nº 1 (1992), p. 202 e ss. Sobre essa dimensão negativa dos direitos sociais prestacionais (que não se confunde com as assim denominadas liberdades sociais), v. também Canotilho/Moreira, Fundamentos, p. 127, que exemplificam sua posição à luz do direito à saúde (art. 64 da CRP), salientando que ao Estado não incumbe apenas a tarefa de prestar o serviço de saúde, mas também a de abster-se de prejudicar a saúde dos indivíduos.

no procedimento, os direitos políticos na sua dimensão prestacional e os direitos à proteção à atuação do Estado como Estado Social, na medida em que mais diretamente vinculadas às funções clássicas do Estado democrático de Direito. O desiderato dos direitos sociais, como direitos a prestações, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual, consoante já assinalado, podem ser enquadrados naquilo que se denominou de *status positivus socialis*.

Ressalte-se, nesse contexto, que o objeto dos direitos sociais a prestações (em última análise, o conteúdo da prestação) dificilmente poderá ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, necessitando de análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental que se enquadre no grupo ora em exame.[142] A multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada. Mesmo assim foram efetuadas diversas tentativas de sistematizar as prestações sociais estatais relevantes para a problemática dos direitos sociais, dentre as quais destacamos – pela sua plasticidade e abrangência – a proposta formulada pelo publicista germânico Dieter Murswiek, que dividiu as prestações estatais (que podem, em princípio, constituir em objeto dos direitos sociais) em quatro grupos: a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino etc.; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público.[143]

O que se percebe, com base na sistematização proposta, é que os diversos direitos sociais prestacionais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia etc.). Quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.[144] Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.

[142] Nesse sentido a oportuna referência de C. Thamm, *Probleme der verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte*, p. 33.

[143] Cf. D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 253. Essa sugestão foi, mais recentemente, acolhida por H. von Heinegg e U. Haltern, *in: JA 1995*, p. 337.

[144] Cf. a lição de E. W. Böckenförde, *in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm*, p. 10.

3.4.2.3. A especial relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e o limite (relativo) da "reserva do possível"

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica.[145] Tal constatação pode ser tida como essencialmente correta e não costuma ser questionada. Já os direitos de defesa – precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção como direitos subjetivos (vida, intimidade, liberdades etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.[146] É preciso que se deixe consignado, entretanto, que a referida "irrelevância econômica" dos direitos de defesa (negativos) não dispensa alguns comentários, pelo menos com o intuito de evitar algumas incompreensões para com a nossa posição, pelas quais somos talvez em parte responsáveis, possivelmente por não termos até o momento nos posicionado com suficiente clareza a respeito.

Com efeito, já se fez menção, no capítulo sobre a classificação dos direitos fundamentais, que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da já citada obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral[147] e Flávio Galdino,[148] são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar "um custo", de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional.[149] Aliás, é preciso enfatizar, como o faz José Casalta Nabais, que não apenas todos os direitos fundamentais importam em custos, como tais custos podem ser compreendidos em sentido amplo, abrangendo custos ligados à própria existência e sobrevivência do Estado (vinculados, por exemplo, ao dever de defesa da pátria), quanto custos ligados ao funcionamento democrático dever de votar), como em sentido estrito, quando se referem – conforme, aliás, a perspectiva aqui privilegiada, os assim chamados custos financeiros públicos de todos os direitos.[150]

[145] A esse respeito, v., entre outros, H-J Wipfelder, *in: ZRP 1986*, p. 141, bem como D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 252 e ss.

[146] Cf. C. Starck, *in: BVerfG und GGII*, p. 518. Assim também D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 267, que, contudo, aponta para o fato de que as circunstâncias econômicas podem eventualmente vir a ser objeto necessário de consideração, especialmente nas hipóteses de restrições aos direitos de defesa, quando da aferição da proporcionalidade da restrição.

[147] Cf. G. Amaral, *Direito, Escassez e Escolha*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[148] Cf. F. Galdino, "O Custo dos Direitos", *in*: R. L. Torres (Org), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-222.

[149] Sobre a teoria dos custos dos direitos, v., ainda, L. F. Sgarbossa, *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, vol. I. Reserva do Possível, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

[150] Cf. J. C. Nabais, Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 175 e ss.

Apesar do exposto, seguimos convictos – como, de resto, esperamos demonstrar nas páginas que seguem – que para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado "fator custo" de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (no sentido pelo menos da negativa da prestação jurisdicional) quando em causa direitos subjetivos de conteúdo "negativo". É justamente nesse sentido que deve ser tomada a referida "neutralidade" econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu "custo" assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.[151]

Trilhando linha argumentativa similar, convergindo, portanto, com a posição aqui de há muito enfatizada, no sentido de que existem diferenças entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, diferenças estas ligadas ao custo dos direitos, situa-se também o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, para quem a realização dos direitos sociais "custa mais dinheiro", distinguindo entre "gastos institucionais", que seriam gastos comuns a todos os direitos (os gastos com a manutenção das instituições políticas e judiciais, por exemplo, que estão a serviço de todos os direitos) e os gastos diretamente referidos à realização dos direitos sociais, razão pela qual o autor entende que tais gastos gerais devem ser excluídos para efeito de comparação entre os direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais,[152] designadamente na sua esfera prestacional, convém acrescentar.

Se a regra da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais pode ser aceita sem maiores reservas, há que questionar, todavia, se efetivamente todos os direitos desta natureza apresentam dimensão econômica, havendo, nesse contexto, quem sustente a existência de exceções, apontando para direitos sociais a prestações economicamente neutros (não implicam a alocação de recursos para sua implementação), no sentido de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis.[153] É preciso observar, contudo, que, mesmo nas situações apontadas, ressalta uma repercussão econômica ao menos indireta, uma vez que até o já disponível resultou da alocação e aplicação de recursos, sejam materiais, humanos ou financeiros em geral, oriundos, em regra, da receita tributária e outras formas de arrecadação do Estado.

[151] Assim também D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 267. No mesmo sentido, v. W. Brohm, *in*: *JZ 1994*, p. 216, que fala de uma dependência conjuntural (*Konjunkturabhängigkeit*) dos direitos sociais na sua dimensão prestacional.

[152] Cf. V. A. da Silva, "O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais", *in: Direitos Sociais*, p. 593.

[153] Cf., novamente, D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 254.

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação.[154] Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais,[155] de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos.[156] Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.[157] Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma "reserva do possível",[158] que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.[159] Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.[160]

[154] Assim, entre nós, J. R. Lima Lopes, *in*: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 131. No mesmo sentido, v. G. F. Mendes, *in: CDTFP* nº 3 (1993), p. 28, ressaltando que a efetividade dos direitos sociais se encontra na dependência da atual disponibilidade de recursos por parte do destinatário da pretensão. Também A. Krell, *Controle judicial dos serviços públicos básicos*, p. 40 e ss., em importante ensaio sobre o tema, aceita esta dependência dos direitos sociais prestacionais da existência de recursos para sua efetivação, sem, contudo, negar-lhes eficácia e efetividade.

[155] Cf. G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, p. 14 e ss.

[156] Essa, dentre outros, a lição de C. Starck, *in: BverfG und GG II*, p. 518.

[157] A esse respeito, v. também G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, p. 16. Entre nós, tal dimensão cresce em relevo se levarmos em conta o problema da repartição de competência no âmbito do Estado Federal e, acima de tudo, na repartição das receitas tributárias e sua afetação e aplicação, temática que aqui não há como desenvolver. Sobre o tema, enfatizando o direito à saúde, v. a contribuição de M. M. Gouvêa, "O direito ao fornecimento estatal de medicamentos", *in: A Efetividade dos Direitos Sociais*, 2004, p. 255-84.

[158] Entre nós, v. G. F. Mendes, *in: CDTFP* nº 3 (1993), p. 28. Mais recentemente, *v*. as contribuições de R. L. Torres, *A cidadania miltidimensional...*, p. 292 e ss., assim como P. G. Gonet Branco, *in*: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 145 e ss. Na doutrina lusitana, posiciona-se favoravelmente ao reconhecimento do limite da reserva do possível J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 201.

[159] Cf. *BVerfGE 33*, 303 (333).

[160] Essa a ponderação de D. Wiegand, *in: DVBL 1974*, p. 657.

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.[161] Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros[162] princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.[163]

Por outro lado, justamente com base nas ponderações tecidas, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais,[164] como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estive enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

---

[161] No mesmo sentido, v., também, L. F. Sgarbossa, *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, op. cit.,p. 192 e ss.

[162] Vale anotar, que, embora a substancial convergência, há quem prefira atribuir um caráter dúplice (ou bidimensional) à assim designada "reserva do possível", como é o caso de D. Sarmento, "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", *in*: C. P. Souza Neto e D. Sarmento (Coord.), *Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 569 e ss., embora sem deixar, mas não no contexto específico das "dimensões" da reserva do possível, de referir a necessária observância dos critérios da proporcionalidade, designadamente, como sempre fizemos questão de enfatizar, abrangendo a razoabilidade da pretensão do particular em face do Estado e da comunidade. No mesmo sentido, v., ainda, P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, São Paulo: Elsevier, 2008, p. 204, reconhecendo uma dimensão fática e jurídica da reserva do possível. De qualquer sorte, o mais importante é que se tenha presente que a problemática posta pela reserva do possível abrange um conjunto diferenciado de aspectos, que não pode ser reduzido à questão da efetiva disponibilidade de recursos materiais. Enfatizando também o catáter multidimensional da reserva do possível, v., por último, F. O. Kelbert, *Reserva do possível e a efetividade dos direito sociais no direito brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 65.

[163] Reunindo um conjunto de ensaios sobre as diversas perspectivas da "reserva do possível", inclusive veiculando posições mais ou menos divergentes entre si, no sentido de um autêntico debate sobre o tema, v., por último, I. W. Sarlet e L. B. Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[164] Nesse sentido, pelo menos, J. Schäfer, *Classificação dos Direitos Fundamentais*, p. 67. Nas palavras do autor, a *reserva do possível* "é um elemento que se integra a todos os direitos fundamentais". Em verdade, o próprio autor – na esteira da doutrina precedente – reconhece na reserva do possível uma condicionante jurídica ou concreta à efetivação dos direitos, de tal sorte que, a despeito da contradição, resulta claro que o autor vislumbra na reserva do possível um limite fático e jurídico que incide, em princípio, em relação a todos os direitos fundamentais. Aliás, na segunda edição da obra (2013) o autor acabou por explicitar melhor o seu intendimento, no sentido de que a reserva do possível opera como limite fático e jurídico aos direitos fundamentais.

Cumpre anotar, aspecto que será igualmente retomado, que a noção de escassez (ou seja, a maior ou menor limitação dos recursos), em que pese essencialmente vinculada à dimensão fática da reserva do possível, como bem averba Ana Carolina Lopes Olsen, é uma noção artificial, resultado de construção humana, visto que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos (visto que há necessidades criadas, inclusive mediante estímulo externo, como bem demonstram os estudos sobre a publicidade), razão pela qual, de acordo com a lição da autora, a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.[165]

Nesse contexto, há quem sustente que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também deve ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global, partindo-se, nesse sentido, da premissa de que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para esta decisão, deixando-a ao encargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica.[166] É justamente por essa razão que a realização dos direitos sociais prestacionais – de acordo com a oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como autêntico problema de competência constitucional: "ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais".[167]

Por derradeiro, conquanto se possa partir da premissa de que em parte corretas as ponderações tecidas, reconhecendo-se as limitações representadas especialmente pela assim designada reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, há que questionar até que ponto esses aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização destes direitos, tema ao qual retornaremos oportunamente. (v. item 3.4.4.3.4, infra)

3.4.2.4. Características normativo-estruturais dos direitos sociais a prestações e o problema de sua habitualmente sustentada dependência de concretização legislativa

A doutrina majoritária sustenta o ponto de vista de acordo com o qual os direitos sociais de natureza prestacional se distinguem dos direitos de defesa, inclusive quanto a aspectos relacionados à forma de sua positivação, isto é, à sua estrutura jurídico-normativa. Nesse sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa costuma não ter sua plena eficácia e imediata aplicabilidade questionadas, dependendo sua efetivação virtualmente de sua aplicação aos casos concretos (operação de cunho eminentemente jurídico), os direitos sociais prestacionais, por sua vez, necessitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta,

---

[165] Cf. A. C. L. Olsen, *Direitos Fundamentais Sociais*. Efetividade frente a reserva do possível, Curitiba: Juruá, 2008, p. 213.

[166] Nesse sentido, posiciona-se J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 200 e ss.

[167] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente*, p. 369.

deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora.[168] Como já se observou, formulações de caráter concreto correm o risco de ser rapidamente superadas pelas mudanças na conjuntura.[169] A dinâmica na esfera socioeconômica – alegam outros – encontrar-se-ia em permanente conflito com a necessária estabilidade da Constituição, ainda que fosse possível uma definição do conteúdo ao nível constitucional.[170]

Por esse motivo – consoante leciona Jorge Miranda –, os direitos de defesa têm o seu conteúdo definido ao nível da Constituição ou definível com base em parâmetros por esta fornecidos, efetuando-se a definição do conteúdo dos direitos fundamentais essencialmente na esfera infraconstitucional, por intermédio do Legislador.[171] Tais características dos direitos sociais prestacionais encontram-se, por outro lado, diretamente ligadas à sua relevância econômica e dependência da disponibilidade de recursos, razão pela qual já se fez referência, no item precedente, a que, no âmbito da aplicação de recursos públicos, se advoga a necessidade de uma tomada de decisão por parte dos órgãos políticos legitimados para tanto, não se olvidando a íntima relação destes aspectos com a problemática das tarefas impostas ao Estado e a dotação orçamentária para tanto. Por outro lado, não se deixa de ter razão quando se refere que. em muitos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e que tenham por destinatário o Estado, se cuida de planejar o futuro, ressaltando-se sua natureza prospectiva, razão pela qual se faz necessária a tomada de decisões políticas igualmente voltadas para o futuro.[172]

A dificuldade de se definir, já em nível constitucional, com certa precisão o próprio objeto da prestação é, sem dúvida, outro aspecto correlato que aqui não pode ser desconsiderado, ao menos no que diz com boa parte dos direitos sociais a prestações. Basta que se faça menção aos exemplos do direito à saúde, ao trabalho e à educação para se notar a pertinência da consideração. Quais exatamente as prestações que compõem o objeto do direito à educação? A nossa Constituição é, talvez, uma das que melhor traduz a problemática apontada, já que consagrou o direito social à educação em diversos dispositivos (arts. 6º e 205 e ss.), com distinta técnica de positivação, revelando que o objeto deste direito abrange variada gama de posições jurídico-subjetivas e objetivas, tema que será objeto de maior desenvolvimento ao abordarmos o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais.

Embora a indeterminabilidade (sempre relativa) ao nível constitucional não possa ser apontada como um critério por si só eficiente para uma distinção entre direitos de defesa e direitos sociais, pelo menos não de forma generalizada, é correta a afirmação de que, especialmente no campo da exigência constitucional de uma ação por parte do poder público, a indeterminabilidade acaba por implicar, de modo substancialmente diverso dos direitos de liberdade, uma maior dificuldade de verificação de uma violação direta da norma constitucional, refletindo, portanto, no controle da

[168] Cf. ensina J. Miranda, *Manual IV*, p. 105.

[169] Cf. D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 264.

[170] Cf. C. Thamm, *Probleme der verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte*, p. 150.

[171] Assim também J. Miranda, *Manual IV*, p. 105-6. Entre nós, v. a recente contribuição de S. F. Torres, "Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas", *in*: D. Sarmento e F. Galindo (Orgs.), *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 786 e ss., enfatizando a primazia do legislador nesta seara.

[172] Essa a lembrança de W. Krebs, *in: JURA 1988*, p. 625.

legitimidade constitucional da atuação dos órgãos estatais com base nas normas de direitos sociais.[173] Tal circunstância, por sua vez, como será objeto de análise mais detida logo a seguir, não poderá servir de barreira a impedir a intervenção judicial e o reconhecimento mesmo de direitos subjetivos a prestações.

Em razão de reclamarem, de regra, uma concretização legislativa, a doutrina – especialmente alienígena – costuma qualificar os direitos sociais prestacionais de direitos relativos, já que geralmente colocados sob uma reserva do possível, que os coloca na dependência da conjuntura socioeconômica,[174] havendo até quem tenha falado de uma relatividade fática dos direitos sociais.[175] Constituem – para além disso – direitos relativos por desencadearem sua plena eficácia e se tornarem exigíveis tão somente após concretizados pelo legislador, razão pela qual também foram denominados – e não de forma completamente destituída de razão – de direitos na medida da lei (*Massgabegrundrechte*),[176] ou mesmo – com o que não podemos concordar –, de *leges imperfectae*.[177]

Já os direitos de defesa, em face de sua imediata aplicabilidade e por desencadearem, desde logo, sem necessidade de uma *interpositio legislatoris* (servindo a lei tão somente para eventual restrição ou regulamentação), todos os seus efeitos, costumam ser qualificados como direitos fundamentais absolutos.[178] Como oportunamente ressaltou o publicista suíço Hans Huber, a liberdade de crença (assim como as demais liberdades) não pode apenas ser fruída à medida que assegurada pela lei.[179] Todavia, admitindo que esta distinção entre os direitos sociais prestacionais e os direitos de defesa merece ser tomada, também nesse contexto, com alguma reserva, já que até mesmo direitos de defesa reclamam de algum modo, a ação do legislador, houve quem – apesar de posicionar-se favoravelmente aos argumentos referidos – preferiu qualificar os direitos de defesa de relativamente absolutos, e os direitos sociais de absolutamente relativos.[180] Em outras palavras, em se acolhendo essa tese, os direitos de defesa poderiam ser considerados como em princípio absolutos, e os direitos sociais (a prestações), como em princípio relativos, tese esta que não resulta adequada, designadamente por sugerir um caráter absoluto que os direitos fundamentais não têm.

Por derradeiro, há que ressaltar a circunstância de que, justamente em virtude de todas as diferenças apontadas, aos direitos sociais de natureza prestacional costuma ser negada a condição de autênticos direitos subjetivos (no sentido de gerarem, para o titular, uma pretensão dedutível em Juízo), o que – ao menos no direito constitucional pátrio – não corresponde à posição dominante, ainda que haja importantes peculiaridades a considerar. Por outro lado, não se constata maior divergência quanto ao fato de que as distinções entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais efetivamente suscitam, quanto aos últimos, problemas específicos no que concerne à sua

[173] Cf. J. R. Novais, Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, p. 300 e ss.

[174] Cf., dentre outros, J. Isensee, *in: Der Staat* nº 19 (1980), p. 381.

[175] Cf. F. van der Ven, *Soziale Grundrechte*, p. 62 e ss., autor (holandês) de uma das primeiras importantes obras sobre a problemática específica dos direitos sociais publicadas na Europa, na sua versão em alemão.

[176] Nesse sentido, v., dentre tantos, E.-W. Böckenförde, *in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm*, p. 13. Assim também K. Korinek, *in: EuGRZ 1978*, p. 495.

[177] Cf. W. Martens, *in: VVDStRL* nº 30 (1972), p. 30.

[178] Cf., dentre tantos, K. Korinek, *in: EuGRZ* 1978, p. 495, e F. van der Ven, *Soziale Grundrechte*, p. 76.

[179] Cf. H. Huber, *in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht*, p. 156-7.

[180] Essa a posição de H.-J. Wipfelder, *in: ZRP 1986*, p. 147, baseando-se na lição do austríaco Novak.

realização, de modo particular no que diz com sua justiciabilidade e que não podem deixar de ser considerados.[181] Se – e em que medida – as características ora apontadas dos direitos sociais de cunho prestacional têm o condão de impedir, de fato, sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, bem como quais os diferentes efeitos que podem desencadear, constitui o tema precípuo das considerações que seguem.

3.4.3. A eficácia dos direitos sociais no âmbito de sua possível dimensão "programática"

Inicialmente, não podemos furtar-nos de examinar, ao menos de forma sumária, qual o significado que podemos atribuir à expressão "normas programáticas" à luz do direito constitucional positivo. Constata-se, desde logo, que na tradição do nosso direito constitucional as assim denominadas normas programáticas costumam ser encaradas de forma bastante ampla e genérica, razão pela qual a tarefa de formular uma posição uniforme no que tange ao conteúdo e significado destas normas longe está de poder ser considerada isenta de dificuldades, até mesmo pelo fato de que sob a rubrica normas programáticas pode enquadrar-se uma variada gama de normas da Constituição, que – a despeito de algumas semelhanças – nem por isto deixam de ser distintas entre si.

Todavia, há como sustentar que as diferenças entre as diversas normas que podem, em tese, ser referidas ao grupo das normas de natureza programática não justificam – em se levando em conta os objetivos de nossa análise – que nos ocupemos de forma mais detida com a tarefa de sua sistematização e classificação, bem como das peculiaridades de cada espécie quanto à sua eficácia. Nesse contexto, consideramos possível partir da premissa de que todas as normas da Constituição aptas a serem enquadradas no grupo das normas de cunho programático apresentam um elemento comum que justifica suficientemente essa opção, qual seja, o de que todas estas normas se caracterizam pelo fato de reclamarem, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador. Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador.

Assim sendo, entendemos justificada a nossa opção de adotar a expressão genérica "normas constitucionais" de "cunho programático" (e não normas programáticas), para nela enquadrarmos todas as normas (normas-programa, normas-tarefa, normas-fim [ou objetivo], imposições legiferantes etc.) que, em princípio e independentemente da terminologia utilizada, reclamam uma concretização legislativa, sem desconsiderar eventuais especifidades, já que a diversa carga eficacial (em de regra de natureza jurídico-objetiva) destas normas não pode ser abstratamente fixada, dependendo do conteúdo de cada norma.[182] Não esqueçamos, nesse contexto, que,

[181] A respeito desta problemática, v., na literatura nacional, a relativamente recente abordagem de J. R. de Lima Lopes, *in: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 124 e ss.

[182] Esta a oportuna advertência de P. Lerche, *in: AÖR* n° 90 (1965), p. 341 e ss., que, todavia, se utiliza da expressão genérica diretivas constitucionais (*Verfassungsdirektiven*), abrangendo as normas programáticas, as normas definidoras de fins e tarefas estatais, bem como as imposições constitucionais e legiferantes em geral. Na doutrina alemã, de onde

dentre as diversas formas de positivação dos direitos sociais prestacionais nos textos constitucionais, a opção do Constituinte costuma – e não apenas no caso brasileiro – recair sobre as modalidades ora referidas.

Importa ressaltar, ainda, que, ao utilizarmos a expressão genérica escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas. Com efeito, já se assinalou alhures que todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico. Para além do que já foi dito nesse sentido, faz-se oportuna a referência à lição de Gomes Canotilho, reforçando o entendimento de que normas desta natureza correspondem às exigências do moderno Estado Social de Direito, sendo, portanto, inerentes à dinâmica de uma Constituição dirigente, no sentido de que estas normas impõem aos órgãos estatais, de modo especial, ao legislador, a tarefa de concretizar (e realizar) os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidos.[183]

No que tange à eficácia e à aplicabilidade das normas que se enquadram nesse grupo, não se deve deixar de atentar para o fato de que diretamente dependentes do grau de concretude em nível da Constituição, bem como de seu objeto. A necessidade de uma concretização legislativa não se reconduz, todavia, tão somente ao aspecto da determinação do conteúdo, já que os direitos de defesa, de regra, também contêm formulações de cunho aberto e vago, mas que nem por isto deixam de ser diretamente aplicáveis pelos órgãos judiciários, mediante o recurso à interpretação, sem que se cogite – nesse particular – de ofensa ao princípio da separação de poderes. A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir feição absoluta) pela circunstância – já referida – de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica.[184]

A título meramente ilustrativo, tomemos dois exemplos extraídos de nossa Constituição, que dão conta da pertinência das considerações até agora tecidas.

se originou o termo *Staatszielbestimmungen* (normas definidoras de fins do Estado), igualmente as distinções entre as diversas categorias normativas que apresentam a característica comum de não gerarem, em princípio, direito subjetivo para os particulares não são claras, inclusive na esfera terminológica. Costuma-se, no entanto, tratar as normas programáticas e definidoras de fins do Estado como um grupo, sob o argumento de que dirigidas a todos os órgãos estatais, e não apenas ao legislador, em que pese a diminuta eficácia vinculativa que lhes é inerente. Por sua vez, as normas impositivas são integradas, ainda para a doutrina germânica, pelas assim denominadas *Gesetzgebungsaufträge* (ordens ou imposições legiferantes), ordens de natureza mais ou menos concreta dirigidas especificamente ao legislador e que podem suscitar, em caso de descumprimento, a arguição da inconstitucionalidade por omissão, havendo, ainda, quem inclua as normas desta espécie no grupo dos *Verfassungsaufträge* (imposições constitucionais). Sobre essa problemática, v. além do artigo já referido de P. Lerche, especialmente J. Lücke, *in: AÖR* nº 107 (1982), p. 16 e ss., bem como a dissertação de S. B. Hong, *Soziale Rechte auf der Verfassungsebene und auf der Gesetzlichen Ebene*, p. 43 e ss.

[183] Cf. a paradigmática lição de J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente*, p. 165 e ss., apresentando a Constituição como autêntico "programa normativo do Estado e da sociedade".

[184] Oportuna, nesse particular, a lembrança de J. Miranda, *Manual IV*, p. 342 e ss., ao ressaltar que a efetivação dos direitos sociais se torna possível principalmente mediante uma transformação e modernização das estruturas sociais e econômicas, encontrando-se também intimamente vinculada à problemática das tarefas que incumbem ao Estado nesta seara.

Enquanto no art. 215 ("O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais") está contida uma norma definidora de fins e tarefas a serem cumpridas pelo Estado, no âmbito de um direito fundamental à cultura, o art. 7º, inc. XI, o qual prevê a participação do trabalhador nos lucros (ou resultados), bem como participação eventual na gestão da empresa, caracteriza-se como contendo uma norma impositiva (no caso, uma ordem de legislar), na medida em que expressamente incumbe o legislador da tarefa concreta de realizar esta participação nos lucros, na condição de direito fundamental do trabalhador.[185] No que concerne a estes exemplos, não nos parece que possam existir dúvidas fundadas a respeito da necessidade, em ambos os casos, de uma concretização legislativa para que venham a gerar a plenitude de seus efeitos. Por outro lado, constata-se, em virtude da forma de proclamação no texto constitucional, que é sensivelmente diverso o grau de vinculação do legislador (assim como dos demais órgãos estatais) ao comando contido na norma, razão pela qual há que admitir uma maior ou menor liberdade de conformação, que varia justamente em função da intensidade da vinculação, com reflexos imediatos na esfera do controle da constitucionalidade, não havendo como equiparar completamente ambas as hipóteses.

Para além disso, ambos os exemplos deixam transparecer de forma cristalina o problema competencial referido, justificando, pelo menos, que se questione esse aspecto, o que demonstram as perguntas que seguem. Com efeito, como poderiam, por exemplo, juízes e tribunais definir e regulamentar a forma da participação dos empregados nos lucros das empresas sem promover, além de uma análise de cunho técnico, um amplo e aberto debate envolvendo os segmentos interessados (entidades sindicais dos trabalhadores e dos empregadores etc.)? Que tipo de atividades na esfera cultural poderiam compulsoriamente ser impostas ao Estado, no sentido de gerar, em contrapartida, um direito subjetivo individual a uma prestação concreta (por exemplo, um direito de livre acesso aos espetáculos culturais para a população carente, às expensas do Estado ou da entidade promotora)? A destinação de verbas públicas para o fomento da indústria cinematográfica nacional é constitucional em inexistindo incentivo similar para outras atividades culturais? A priorização de certas metas na esfera cultural é viável, em detrimento de outras?

Independentemente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente *programático* (para nos mantermos fiéis à terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que *todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.* Em verdade, como já esperamos ter demonstrado e aqui repisamos para espancar toda e qualquer incompreensão para com a nossa posição, todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão "programática" dos direitos fundamentais.[186] Importa

[185] A respeito da eficácia da norma que prevê a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, v. também as considerações de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p.107-8, questionando a pronta desfrutabilidade deste direito fundamental social.

[186] Bastaria, para demonstrar tal assertiva, lembrar que todas as normas constitucionais (mesmo as de cunho programático ou impositivo) geram o efeito de revogar a legislação anterior manifestamente incompatível, de tal sorte que

frisar, como se verá a seguir, que admitir que no âmbito dos direitos sociais se possa sustentar a existência de uma "dimensão programática", na esfera dos efeitos especialmente vinculados à dimensão jurídico-objetiva e impositiva de deveres de proteção e promoção vinculativos (mas passíveis de subjetivação, como igualmente se pretende deixar evidenciado), dimensão esta que não exclui necessariamente a condição de dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, não equivale (a depender da linha argumentativa trilhada) a aceitar que os direitos fundamentais sociais sejam correspondam, na sua condição de direitos, a normas programáticas.[187]

Com efeito, partindo-se de uma concepção ampla de direitos fundamentais (como a adotada nesta obra, a partir das premissas enunciadas por Robert Alexy, que fala em um direito fundamental como um todo) não há qualquer incompatibilidade em se reconhecer, a partir de uma disposição (ou um conjunto de disposições) jusfundamentais, princípios programáticos (impositivos), que, em função de suas características, não terão a mesma eficácia que os direitos fundamentais considerados como direitos subjetivos. Tomando-se como exemplo o direito à saúde, verifica-se que assim como é correto (pelo menos é o que se irá sustentar mais adiante) deduzir da Constituição um direito fundamental à saúde (como complexo de deveres e direitos subjetivos negativos e positivos), também parece certo que ao enunciar que a saúde – além de ser um "direito de todos", "é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos..." (art. 196 da CF de 1988), a nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático. Importa notar, portanto, que a assim designada dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais lembrar que a eficácia é das normas, que, distintas entre si, impõe deveres e/ou atribuem direitos, igualmente diferenciados quando ao seu objeto, destinatários etc.

Nesse sentido, constata-se que a doutrina majoritária costuma destacar as seguintes cargas eficaciais como sendo, em princípio (ressalvadas eventuais especificidades inerentes a cada preceito), comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo as que reclamam uma *interpositio legislatoris*, ressaltando-se, outrossim, que deixaremos, nesta oportunidade, de aprofundar os aspectos mais diretamente vinculados à problemática da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, já que também esta será objeto de especial atenção:

a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de consequência, sua desaplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade,[188] sendo

pelo menos este efeito (existem outros, tal qual restará demonstrado) ensejará a aplicação imediata da norma ao caso concreto, no sentido de viabilizar aos órgãos jurisdicionais que, desde logo (isto é sem qualquer lei regulamentadora que permita o reconhecimento do efeito revogatório) tenham como revogada (ou mesmo inconstitucional, para quem assim o entende) a norma legislativa anterior. O mesmo, à evidência, aplica-as com relação aos demais efeitos atribuídos às normas constitucionais, ainda que de eficácia limitada.

[187] Entre nós, v. em especial A. C. Costa Meirelles, A eficácia dos direitos sociais, especialmente p. 303 e ss., que refere expressamente a existência de normas programáticas de direitos sociais, embora, em geral, na esteira da posição aqui adotada, também não refute eficácia e aplicabilidade a tais normas.

[188] Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 117. Assim também J. Miranda, *Manual II*, p. 219. Ressalte-se que, entre nós, não tem encontrado receptividade (ao menos não por parte da maioria dos integrantes do STF) a tese da inconstitucionalidade superveniente, descabido, portanto, o controle abstrato da constitucionalidade do direito infraconstitucional anterior à vigência da atual Constituição.

oportuna a referência de que não se admite, entre nós, a hipótese de inconstitucionalidade superveniente, como, por exemplo, no direito lusitano. Cuida-se, portanto, nesse contexto, de aplicar diretamente os direitos fundamentais proclamados na Constituição, atribuindo-se-lhes, nesse sentido, plena eficácia[189] (eficácia derrogatória). Por outro lado, inexistindo a referida incompatibilidade, as normas jurídicas anteriores (sendo, no todo, compatíveis ou na parte em que o forem) são recepcionadas pela ordem jurídica instaurada com a vigência da nova Constituição, fenômeno que, de acordo com a pertinente lição de J. Miranda, assume feições de autêntica novação, uma vez que indispensável uma reinterpretação do direito infraconstitucional anterior à luz do novo ordenamento constitucional, já que por este impregnado e revitalizado.[190]

b) Contém imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações.[191] Nesse contexto, já se verificou que, quanto maior o grau de abstração do preceito, maior a liberdade de conformação do legislador e o grau de arbítrio dos demais órgãos estatais, sendo, portanto, variável a eficácia vinculativa também destas normas, de acordo, portanto, com o que poderia chamar-se de seu nível de programaticidade. Assim, em se tomando o exemplo do art. 215 da CF, verifica-se que a Constituição, nesse dispositivo, em momento algum definiu os meios e critérios pelos quais os poderes públicos deverão realizar as finalidades ali estabelecidas (por exemplo, apoiar e incentivar as manifestações culturais), podendo apenas ter-se como certo que não poderá, em hipótese alguma, atuar no sentido contrário. Na hipótese do art. 7°, inc. XI (participação nos lucros), o objetivo a ser atingido já está melhor delimitado, inclusive estabelecendo-se, a título de referencial, que tal participação haverá de ser desvinculada da remuneração do empregado, resultando, nesse caso, numa redução da liberdade de conformação do legislador. Para a hipótese da ausência de cumprimento da imposição dirigida ao legislador (ainda que não exclusivamente a este), a ordem constitucional pátria previu, ao nível do controle abstrato e concentrado, a possibilidade da declaração judicial da inconstitucionalidade por omissão, ainda que inexistam mecanismos que possam compelir os órgãos legislativos a cumprir o dever constitucional de legislar que lhes foi imposto. Também o já referido Mandado de Injunção (ele próprio autêntico direito-garantia fundamental) constitui instrumento criado especificamente para viabilizar a efetivação, no caso concreto, dos direitos consagrados em normas constitucionais de eficácia limitada, independentemente da

[189] Nesse sentico, v. o entendimento de E. G. de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 74-5.

[190] Cf. J. Miranda, *Manual II*, p. 242 e ss., apontando para a mudança operada quanto ao fundamento de validade das normas infraconstitucionais anteriores, já que estas, mesmo permanecendo formalmente intocadas, deixam de ser as mesmas, já que novadas no seu título ou na sua força jurídica, passando a ser impregnadas pela nova Constituição, razão pela qual se impõe uma interpretação prospectiva, e não retrospectiva do direito infraconstitucional anterior.

[191] Nesse sentido, já lecionava, entre nós, J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 334 e ss., sustentando que as normas de eficácia limitada contêm um mandato expresso ou implícito dirigido ao legislador ordinário para que exerça sua função precípua de editar leis que venham a realizar a ordem ou finalidade prevista na norma. Posteriormente esse entendimento foi também compartilhado por J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 146-7. Que, além da inconstitucionalidade resultante de eventual omissão, também pode vir a ser declarada a inconstitucionalidade dos atos normativos contrários aos fins previstos pelo Constituinte também é objeto de sustentação no direito lusitano, como dá conta a lição de J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos*, p. 131.

configuração da inconstitucionalidade por omissão, não sendo o caso de adentrarmos aqui o exame da efetiva utilidade do instituto.

De outra parte, admite-se (embora não se possa aqui adentrar o fascinante complexo temático que ora se abre), a partir de prestigiada doutrina e até mesmo de alguma jurisprudência (nacional e estrangeira) a possibilidade de responsabilização do Estado por conta da sua inoperância na implementação de medidas (administrativas e legais, concretas e normativas) que sejam indispensáveis à plena realização dos direitos fundamentais, notadamente nas hipóteses em que existe um dever (explícito ou implícito) de proteção e, portando, de atuação.[192]

c) Com base no exposto no item anterior, constata-se também que se impõe a declaração da inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram.[193]

d) Os direitos fundamentais prestacionais constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, nesse sentido, toda a ordem jurídica,[194] resultando, ainda nesse contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas.[195] Ressaltando sua função como elementos de integração dos demais preceitos constitucionais, Jorge Miranda sustenta que, mediante o recurso à analogia, as normas programáticas (e, por via de consequência, também os direitos fundamentais proclamados sob esta forma) adquirem, no âmbito do que se poderia denominar de sua força expansiva, até mesmo uma eficácia criadora de novas normas.[196]

e) Os direitos fundamentais a prestações – mesmo os que reclamam uma *interpositio legislatoris* – geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva,

[192] Sobre a responsabilidade do Estado em virtude de omissões inconstitucionais, v., entre nós, o recente e criativo contributo de J. Freitas, "O Estado. A responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade", *in*: I. W. Sarlet (Coord), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, tomo I, p. 179 e ss. Aprofundando o tema das omissões do poder público e o seu controle judicial em termos gerais, privilegiando uma abordagem a partir da teoria dos direitos fundamentais, v. especialmente a notável obra de D. da Cunha Júnior, *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2004, bem como, por último, priorizando o instituto do Mandado de Injunção, E. Bitencourt Neto, *Mandado de Injunção na Tuutela dos Direitos Sociais*, Salvador: Jus Podium, 2009.

[193] Cf., dentre outros, J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 146, e, mais recentemente, L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 117.

[194] Nesse sentido, v. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 340-1, que, embasado na doutrina de R. Smend, chega a sustentar que as normas programáticas constituem a essência da ordem estatal, de tal sorte que o restante das normas constitucionais poderia ser considerado como espécie de normas de execução daquelas. Assim também J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 147. No direito lusitano, podemos referir principalmente a lição de J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos*, p. 131, salientando que, na esfera de uma interpretação do ordenamento jurídico em conformidade com as normas de direitos fundamentais sociais (a prestações), há que optar – em caso de dúvida sobre o âmbito legal de certa prestação social – pela interpretação mais extensiva possível.

[195] Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 341 e ss., e J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 147. Também C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* n° 57-58 (1981), p. 243, admite existirem normas constitucionais que – por expressarem apenas uma finalidade a ser perseguida, sem indicarem os meios para tanto – se limitam, no que tange à posição jurídica que conferem aos particulares, a gerar o direito de obter decisões judiciais orientadas no sentido e na direção preconizadas por estas normas, entendimento esse compartilhado, mais recentemente, por L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*. p. 118.

[196] Cf. J. Miranda, *Manual II*, p. 220.

tomando-se esta, consoante assinalado alhures, em um sentido amplo, e não restrita à concepção de um direito subjetivo individual a determinada prestação estatal,[197] possibilidade esta que continua suscitando acirrada controvérsia e que será oportunamente retomada no curso deste estudo. Nesse particular, a doutrina nacional tem sustentado que em qualquer caso um direito fundamental que possa ser enquadrado nesta categoria gera, no mínimo, direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental.[198] Cuida-se, nesse particular, da assim denominada dimensão negativa dos direitos a prestações, à qual já se fez referência.[199]

O que se percebe, desde já, é que, em se tratando de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e proclamados como normas dependentes de concretização, a sua perspectiva jurídico-objetiva assume especial relevo em relação à esfera subjetiva, o que não afeta sua fundamentalidade como tal, mas lhes outorga um caráter normativo diferenciado.[200] Além disso, sem adentrarmos – ao menos não por enquanto – um pouco mais a questão relativa à eficácia vinculante dos direitos fundamentais, importa fique consignada a paradigmática lição de Gomes Canotilho, para quem a posição jurídico-subjetiva mais frágil é a que se baseia em princípios objetivos, que impõem ao Estado determinadas tarefas, gerando para este tão somente um dever *prima facie* no sentido de sua concretização, sem que a isto corresponda um direito subjetivo individual à prestação que constitui o objeto precípuo do direito fundamental.[201]

Saliente-se, ainda, que Canotilho examina a questão à luz do direito ao trabalho nas Constituições portuguesa e espanhola, argumentando que, se ao Estado incumbe a obrigação de realizar uma política de pleno emprego, não há como sustentar que a cada indivíduo corresponda um direito subjetivo a determinada política de pleno emprego.[202] Também no Brasil – para nos atermos ao exemplo referido – poderia argumentar-se que existe, no âmbito mais elástico do direito ao trabalho (art. 6° da CF) um direito fundamental a uma política de pleno emprego, já que esta constitui um dos princípios fundamentais da ordem econômica da nossa Constituição (art. 170, inc. VIII). Em verdade, constata-se que o direito ao trabalho, ao menos em nosso direito constitucional, foi objeto de concretização em diversas outras normas constitucionais,

[197] Sobre os efeitos na esfera jurídico-subjetiva, v., dentre nós, J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 343 e ss., e J. A. da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 147 e 156 e ss.

[198] Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 343 e ss., e R. Russomano, *in: As Tendências Atuais do Direito Público*, p. 281 e ss. Nesse sentido, v. também a posição mais recente de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 118, sustentando, na esteira de Celso A. Bandeira de Mello, *in: RDP* n° 57-58 (1981), p. 243, o direito de o indivíduo opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição de atos contrários ao sentido do preceito constitucional que o atingirem pessoalmente.

[199] Para J. Miranda, *Manual II*, p. 219-20, as normas programáticas, ainda que essencialmente se caracterizem como normas preceptivas (e não proibitivas), também possuem um sentido complementar negativo (ou proibitivo), visto que, além de vedarem a emissão de atos normativos contrários, proíbem a prática de comportamentos que tenham por objetivo impedir a produção dos atos destinados à execução das tarefas, fins ou imposições contidas na norma programática.

[200] Cf. W. S. Guerra Filho, *in: RT* n° 713 (1995), p. 52, que, nesse particular, comunga da posição adotada por J. J. Gomes Canotilho.

[201] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 34-6, que, por sua vez, se inspirou no modelo formulado por R. Alexy.

[202] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 35.

inclusive na seara dos direitos fundamentais, como bem demonstra o extenso rol do art. 7°, sem que, no entanto, se possa chegar ao extremo de reconhecer a existência de um direito subjetivo a um local de trabalho (direito a um emprego).[203]

f) Ainda no que concerne à eficácia dos direitos a prestações, não se pode deixar de considerar a problemática dos direitos que já foram objeto de concretização pelo legislador. Nesse sentido, impõe-se a indagação sobre se um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais desta natureza não seria também o de gerarem o que habitualmente se denominou de uma proibição de retrocesso, isto é, de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas. Tendo em vista, contudo, que tal matéria será objeto de um capítulo específico no final do nosso estudo, deixaremos, por ora, de tecer qualquer consideração a esse respeito, restringindo-nos à constatação de que boa parte da doutrina se posiciona, ao menos parcialmente, de maneira favorável no que tange a esse aspecto, ressaltando que, à medida que concretizado determinado direito social prestacional, este acaba por transformar-se, nesse sentido, num típico direito de defesa.[204]

3.4.4. A problemática dos direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações

3.4.4.1. Considerações gerais

Pela sua importância no âmbito do tema genérico da eficácia dos direitos fundamentais, bem como pela intensa controvérsia que a matéria suscita, haveremos de ocupar-nos, neste item, da problemática específica da eficácia dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a prestações. Em outras palavras, cuida-se de deslindar se e – em sendo afirmativa a resposta – até que ponto e sob que condições é possível, com base numa norma proclamatória de direito fundamental social, reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual, isto é, a possibilidade de exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material (direito à educação, assistência médica, assistência social etc.). Se relativamente às demais cargas eficaciais referidas as dificuldades não se concentram no que tange à sua existência propriamente dita (não se discute, por exemplo, que uma norma de direito fundamental, ainda que de cunho programático, sirva de parâmetro para a aplicação e interpretação das demais normas), mas dizem com certas especificidades vinculadas a cada tipo de efeito possível, tal não ocorre em se tratando da eficácia dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a prestações, onde a controvérsia já se põe inclusive com relação à própria possibilidade de seu reconhecimento. Para que possamos adentrar na análise desta problemática, impõem-se, contudo, alguns esclarecimentos preliminares.

Em primeiro lugar, há que se fazer a advertência que o enfoque prioritário de nosso estudo serão os assim denominados direitos originários a prestações sociais, ou seja, a possibilidade de – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa – reconhecer-se um direito subjetivo à prestação que se constitui no objeto precípuo do direito fundamental consagrado pela Constituição.

[203] A respeito desta problemática e sobre o direito fundamental ao trabalho em geral no âmbito do direito nacional, v. J. Rubens Costa, *in: RF* n° 330 (1995), p. 133 e ss.

[204] Assim, por exemplo, J. J. Gomes Canotilho e, em especial, V. Moreira, *Fundamentos*, p. 131.

Ficam relegados a um segundo plano, portanto, os assim chamados direitos derivados a prestações, considerados como tais aquelas posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo Legislador, já que – ao menos no que diz com a possibilidade de gerarem direito subjetivo (com base e nos termos da Lei) – não se registra controvérsia digna de nota. Isto, contudo, não significa que a problemática dos direitos derivados a prestações não possa assumir um lugar de destaque no âmbito da problemática dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, razão pela qual não deixaremos de dispensar-lhe ao menos alguma atenção, inclusive neste capítulo.[205] Ressalte-se, nesse particular, que os direitos derivados a prestações voltarão a ser objeto de consideração – inclusive com algum destaque – na terceira parte deste estudo, ocasião na qual nos ocuparemos do problema da proibição de retrocesso.

Além disso, cumpre ressaltar que a problemática do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se limita às normas definidoras de direitos fundamentais que, pela sua forma de positivação, assuma a nítida feição de um direito subjetivo, em outras palavras, que como direito subjetivo tenha sido proclamado no texto constitucional. Na verdade, verificar-se-á que mesmo a partir de normas de cunho programático, que, em princípio, reclamam uma *interpositio legislatoris*, é possível deduzir-se, por vezes, um direito subjetivo individual. Atente-se, nesse contexto, para o fato – já assinalado – de que também normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou normas impositivas apresentam uma dimensão jurídico-subjetiva, ainda que esta, em regra, seja restrita ao reconhecimento de direitos subjetivos no sentido negativo ou à possibilidade de questionar-se a inconstitucionalidade de normas que lhes sejam contrárias. Para além disso, importa que se tenha presente a circunstância de que – em virtude de seu objeto – a maior parte das normas definidoras de direitos fundamentais a prestações estão contidas em dispositivos que, pela sua formulação, melhor se enquadram na categoria das normas de cunho programático, já que, de regra, limitam-se a enunciar programas, fins, tarefas para o Estado ou ordens de legislar. Basta, nesse contexto, que se lance um breve olhar sobre o rol dos direitos a prestações, inclusive os constantes fora do Catálogo, como, por exemplo, dão conta os arts. 6º e 7º, incs. II, III, IV, XI, XII e XIV, bem como os arts. 194, 196, 205, e 215, todos da nossa Constituição. Ainda que se pudesse partir da premissa de que no momento em que a Constituição se utiliza da expressão "direito" (art. 6º: "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho..." ou art. 7º *caput*: "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais..."), está, na verdade, positivando o direito fundamental como direito subjetivo, tal circunstância não teria o condão de elidir as dificuldades e a problemática delas decorrente, no que tange à possibilidade de reconhecer-se, diretamente com base na norma constitucional, um direito subjetivo a prestações para o titular. Com

[205] Nesse contexto, cumpre endossar a lembrança de M. M. Gouvêa, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*, p. 14, ao referir que a problemática da "reserva do possível" como um dos principais óbices à exigibilidade em juízo dos direitos prestacionais, também assume relevância na esfera dos assim chamados direitos derivados a prestações. Se isto é verdade (como nos mesmos já vínhamos reconhecendo, v., nesse sentido, às ponderações da p. 294, infra), por outro lado seguimos convictos de que há diferenças essenciais em relação aos direitos originários a prestações. Com efeito, a ausência (ou não) de uma interposição legislativa certamente faz uma diferença que não pode ser minimizada, como de resto, ainda teremos oportunidade de demonstrar mais adiante. A respeito da distinção entre direitos originários e derivados a prestações, enfatizando a relevância e oportunidade da diferenciação, v., mais recentemente, no âmbito da doutrina luso-brasileira, I. Moreira, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 64 e ss., bem como J. F. Ledur, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 92 e ss.

efeito, não é pelo fato de o art. 6º da CF referir expressamente um direito ao trabalho, que se pode simplesmente extrair a consequência de que ao particular cabe o poder de reclamar judicialmente que lhe seja concedido um emprego. De forma semelhante poder-se-á argumentar relativamente à participação do trabalhador nos lucros da empresa (direito fundamental social do trabalhador nos termos do art. 7º, inc. XI, da CF).

Por derradeiro, não se pode negligenciar o fato de que boa parte dos direitos fundamentais sociais consagrados na nossa Constituição já foram objeto de concretização pelo Legislador (não importando, por ora, se de forma satisfatória ou não), não havendo dúvidas de que o particular é – nos termos da legislação concretizadora – titular de um direito subjetivo à prestação contemplado na Constituição. Basta que nos lembremos, a título exemplificativo, do direito à previdência (inclusive aposentadoria) e assistência social, do direito ao seguro-desemprego, do direito ao salário-mínimo etc., todos já previstos e regulamentados em nível infraconstitucional. Tal constatação não tem, contudo, o condão de tornar supérflua a análise que ora nos propomos a efetuar, já que – independentemente das hipóteses em que não haja lei – mesmo assim remanece a questão de saber se para além da previsão legal ou mesmo contrariamente a esta é possível reconhecer-se um direito subjetivo com base tão somente no preceito constitucional.

3.4.4.2. Os direitos derivados a prestações

Se entre nós os assim chamados direitos derivados a prestações não têm sido objeto de muita atenção, constata-se que isto não ocorre em outras ordens constitucionais, destacando-se, nesse contexto, o direito constitucional de matriz germânica (preponderantemente, mas não só alemão) e, inobstante em escala bem mais reduzida, o português. Retomando aqui sumariamente o que já foi objeto de menção ao versarmos sobre o problema da classificação dos direitos fundamentais, os direitos derivados a prestações (aqui considerados como direitos subjetivos), são considerados como sendo uma espécie de reação à atuação estatal pretérita – ou seja, já existente e, portanto, concretizada – no âmbito prestacional, cuidando-se de categoria consagrada na publicística alemã desde o início da década de 1970, principalmente a partir da formulação que lhes deu W. Martens, por ocasião da célebre discussão travada por ocasião da reunião anual da associação dos professores de direito público da Alemanha, versando sobre o tema dos direitos fundamentais no Estado prestacional (*Grundrechte im Leistungsstaat*).[206] Cuida-se, essencialmente, de assegurar a possibilidade da participação em sistemas prestacionais já existentes (se e na medida em que o Estado os tiver criado), cuja fundamentação reside numa interpretação do princípio da isonomia (direito geral de igualdade) à luz do princípio do Estado Social, expressamente positivado na Lei Fundamental da Alemanha (arts. 20, inc. I, e 28, inc. I).[207] Nesse contexto, costuma-se referir o exemplo de acordo com o qual para o particular, caso excluído arbitrariamente da fruição de uma determinada prestação já existente, nasce um direito subjetivo de natureza defensiva, com o objetivo de impedir

[206] Cf. W. Martens, *in: VVDStRL* nº 30 (1972), p. 7 e ss.

[207] Sobre o significado genérico dos direitos derivados a prestações, v., entre outros, Kittner, *in: AK I*, p. 1431, e A. von Mutius, *in: VerwArch* 1973, p. 188.

o tratamento discriminatório, viabilizando-se-lhe, ademais, o acesso à prestação pretendida.[208]

Tendo em vista que se cuida de solução de natureza clássica, isto é, de problema vinculado ao direito fundamental de igualdade (típico direito de defesa), a matéria ocupa uma posição secundária no contexto da problemática dos direitos fundamentais sociais a prestações, sem que se possa, contudo – até mesmo em virtude de aspectos similares no que concerne à viabilidade desta solução, bem como por tratar-se, a rigor, de problemas ligados já à concretização das prestações consagradas na Constituição – desconsiderar completamente o tema.

De acordo com o princípio da isonomia, o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações (com base ou não em norma constitucional definidora de direito fundamental), não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos.[209] Todavia, apenas um tratamento desigual de cunho arbitrário (discriminatório) no âmbito de um sistema prestacional estabelecido poderá dar margem a um direito subjetivo não autônomo e, portanto, derivado.[210] A partir de uma compreeensão do postulado da proibição de arbítrio à luz do princípio do Estado Social de Direito, o direito geral de igualdade adquiriu um conteúdo material, no sentido de que um tratamento discriminatório em favor de determinado grupo apenas se justifica se para tanto houver um motivo justo, que, por sua vez, deve ser aferido com base nos parâmetros fornecidos pelo princípio do Estado Social.[211] A essa concepção subjaz o entendimento de que no Estado Social de Direito o princípio da isonomia serve à otimização da liberdade e igualdade, no sentido de uma igualdade de oportunidades, compreendida aqui como possibilidade de exercício efetivo da liberdade, e não como um dever.[212] Este assim denominado conteúdo social do princípio isonômico objetiva uma restrição da margem de arbítrio numa exclusão de determinado benefício, para evitar cortes que podem vir a impedir o particular (ou mesmo um grupo), de exercer a sua oportunidade de acesso ao sistema prestacional existente.[213]

Importante é que se tenha em mente que o princípio geral da igualdade (art. 5°, *caput*, da CF) contém apenas uma proibição relativa de discriminação, reclamando, por conseguinte, uma análise da existência ou não de um tratamento arbitrário, à luz do caso concreto.[214] Nesse contexto, sustenta-se que apenas uma discriminação evidentemente arbitrária e desproporcional pode, constituindo uma efetiva ofensa ao princípio da igualdade, ser tida como fundamento para um direito subjetivo derivado à

[208] Nesse sentido, v. K. Hesse, *in: EuGRZ 1978*, p. 433. Assim também W. Krebs, *in: JURA 1988*, p. 626.

[209] Essa a lição de W. Martens, *in: VVDStRL n° 30* (1972), p. 21 e ss.

[210] Cf. W. Rüfner, *in: FS für Wannagat*, p. 380. No mesmo sentido, D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 272.

[211] Nesse sentido, v. Kittner, *in: AK I*, p. 1427. Seguindo essa orientação, também se encontra a lição de K. J. Biebak, *in: EuGRZ 1985*, p. 667, que chama a atenção para o fato de que o recurso ao princípio da igualdade apenas pode conduzir a correções de natureza marginal, já que os fins sociais do Estado, assim como a existência e alcance dos sistemas prestacionais, dependem, em princípio, da formatação que lhes deram o legislador e o Executivo. Essa também a posição do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (*in: BVerfGE 45*, p. 376 e ss.).

[212] Cf. a lição de P. Häberle, *in: VVDStRL* n° 30 (1972), p. 97; De forma semelhante também D. Wiegand, *in: DVBL* 1974, p. 660 e segs.

[213] Essa a oportuna consideração de D. Wiegand, *in: DVBL 1974*, p. 660.

[214] Cf. H. von Heinegg e U. Haltern, *in: JA 1995*, p. 338. Entre nós, sobre o tema, v. a magistral contribuição de C. A. Bandeira de Mello, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, 1998.

prestação.[215] Em princípio, pode ser tido como vedado, qualquer tratamento desigualitário de quem se encontra sob a proteção de um direito fundamental, razão pela qual, v.g., não se pode excluir alguém de um benefício por ser membro de uma associação ou ter participado de uma reunião.[216] Para além da constatação da existência de uma discriminação arbitrária, um direito subjetivo derivado a prestações apenas poderá ser reconhecido se não houver como eliminar a ofensa ao princípio isonômico de outra forma.[217] De regra, incumbe ao legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, tomar a decisão pela eliminação do benefício ou, se for o caso, de estender o benefício em favor dos que originalmente haviam sido excluídos,[218] limitando-se o Tribunal Constitucional a declarar – em regra – a inconstitucionalidade do tratamento desigualitário.[219] Anote-se, ainda, que geralmente a doutrina e a jurisprudência alemãs têm negado um direito subjetivo individual a uma legislação não discriminatória.[220]

No que tange ao Executivo, mais intensamente vinculada ao princípio da igualdade do que o Legislador, sua esfera de arbítrio é, por conseguinte, mais limitada, de tal sorte que uma prática administrativa habitual, similar e conforme ao Direito, pode dar suporte a um direito subjetivo individual (derivado) a prestações, razão pela qual se sustenta que o princípio da isonomia acaba gerando uma autovinculação da administração,[221] que, no entanto, não possui caráter absoluto, já que sempre fica em aberto a possibilidade de uma alteração justificada de determinada práxis prestacional.[222] Diversamente do que ocorre relativamente ao legislador, que, em princípio, não pode ser compelido a assegurar a prestação, com relação à Administração admitem-se direitos subjetivos derivados e incondicionados a prestações.[223] Como exemplos de direitos derivados a prestações reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência alemãs e embasados no princípio geral da igualdade, costumam ser citados os direitos de acesso a instituições públicas (escolas e universidades), direitos de utilização de bens e instituições públicos (por exemplo, teatros e ginásios esportivos), bem como direitos a determinadas subvenções, nesse caso, vinculadas a uma prática administrativa anterior.[224]

[215] Assim a lição de K. J. Bieback, *in: EuGRZ 1985*, p. 667, referindo-se à influência do princípio do Estado Social na aferição da proporcionalidade da desigualdade. No mesmo sentido, mais recentemente, H. von Heinegg e U. Haltern, *in: JA 1995*, p. 338.

[216] Cf. W. Rüfner, *in: FS für Wannagat*, p. 380.

[217] Assim já lecionava W. Martens, *in: VVDStRL* n° 30 (1972), p. 23, com arrimo em decisões do Tribunal Federal Constitucional (*BVerfGE* 22, 163 e ss. e 29, 283 e ss.). No mesmo sentido, encontramos a recente lição de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 750, e D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 272.

[218] A esse respeito, v. especialmente K. J. Bieback, *in: EuGRZ* 1985, p. 667, que faz referência a importantes julgados do Tribunal Constitucional. Anote-se aqui a oportuna advertência de D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 272, esclarecendo que, quando se cuida de eliminar o benefício (prestação) para o seu original titular, o direito derivado se limita a uma oportunidade de participação nos benefícios, motivo pelo qual sustenta a existência, nesses casos, de um direito derivado a prestações de natureza condicionada.

[219] Cf., entre outros, K. J. Bieback, *in: EuGRZ 1985*, p. 667.

[220] Assim a referência de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 749, mediante remissão a diversos exemplos extraídos da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, em especial, *BVerfGE 49*, 192 e ss., e 60, 68 e ss.

[221] Essa a lição de W. Rüfner, *in: FS für Wannagat*, p. 380, que, nesse sentido, fala de uma vinculatividade fática das prescrições administrativas. Assim também R. Breuer, *in: FS für das BVerwG*, p. 100 e ss.

[222] Cf., especialmente, D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 273.

[223] Idem, ibidem.

[224] Estes exemplos encontram-se referidos nos ensaios de D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 274, e de H. von Heinegg e U. Haltern, *in: JA 1995*, p. 338.

Em face da existência de cláusulas isonômicas especiais (que também se registra entre nós),[225] a doutrina alemã sustenta que relativamente a estas se verifica uma vinculação mais intensa do legislador, já que nestas hipóteses se cuida de proibições virtualmente absolutas de discriminação, onde a aferição da arbitrariedade em princípio não se faz necessária,[226] bastando, portanto, a constatação de uma ofensa contra a especial cláusula proibitória, além – aqui também – da demonstração de que o fornecimento da prestação se constitui na única alternativa para afastar o tratamento discriminatório.[227]

Nesse contexto, vale citar os seguintes exemplos extraídos da jurisprudência constitucional alemã, quais sejam, o reconhecimento – pelo Tribunal Federal Constitucional – do direito dos partidos políticos a igual subsídio para cobrir gastos com a campanha eleitoral, bem como a possibilidade de utilização de tempo de transmissão nos meios públicos de comunicação.[228] Para além das hipóteses ligadas ao princípio da igualdade e suas concretizações, a doutrina e a jurisprudência alemãs também reconhecem – embora em menor escala e de forma mais controversa – direitos derivados a prestações a partir do princípio da proteção da confiança e do direito de propriedade, situações que no momento não pretendemos abordar, limitando-nos à sua referência a título ilustrativo.[229]

Por derradeiro, há que apontar para a oportuna referência de W. Martens de que mesmo no âmbito dos direitos derivados a prestações e desde que não se cuide de posições jurídicas já devidamente asseguradas legalmente, assume relevância o postulado da reserva do possível, já que também aqui não haveria como se contornar o limite fático representado pelo esgotamento dos recursos ou da capacidade das instituições existentes, de tal sorte que aplicável o tradicional princípio do *ultra posse nemo obligatur*.[230] Sustenta-se, na esteira deste entendimento, que não se verifica nenhuma ofensa ao princípio da isonomia quando o Estado se restringe (no fornecimento das prestações), aos recursos dos quais efetivamente dispõe.[231] Até que ponto uma reserva do possível efetivamente pode obstaculizar o reconhecimento de um direito subjetivo (derivado) a prestações estatais constitui aspecto no mínimo controverso, inclusive

[225] Basta aqui a referência aos arts. 5º, inc. I (igualdade de homens e mulheres), e 7º, incs. XXX, XXXI e XXXII (proibição de distinções e discriminações na esfera das relações trabalhistas), de nossa Constituição.

[226] Essa a constatação de H. von Heinegg e U. Haltern, *in: JA 1995*, p. 339.

[227] Cf. D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 272.

[228] Cf., respectivamente, *BVerfGE* 24, 300 (334 e ss.), e 69, 257 (268).

[229] Assim, em que pese a regra de acordo com a qual uma determinação administrativa concessiva de alguma prestação ainda não aplicada não pode servir de fundamento para o reconhecimento, com apoio no princípio da igualdade, de direitos derivados a prestações, podem ser encontrados alguns casos nos quais o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu tal possibilidade, com base na ficção de uma antecipação da prática administrativa ou mesmo com base no princípio da proteção da confiança, argumentando, por exemplo, que de acordo com as circunstâncias do caso concreto o particular poderia exigir a manutenção da prescrição administrativa, independentemente de uma efetiva práxis (cf., especialmente, R. Breuer, *in: FS für das BVerwG*, p. 101 e ss). No mesmo contexto, a doutrina e jurisprudência alemãs (inclusive do Tribunal Federal Constitucional) admitem que determinadas posições jurídico-prestacionais se encontram sob a proteção da garantia da propriedade, gerando, de tal sorte, um direito subjetivo derivado à manutenção do estágio alcançado de segurança social, assim como ocorre com o seguro-desemprego. Esta problemática assume, na Alemanha, especial relevância no que tange à proibição de retrocesso social. A respeito deste tema v. a excelente contribuição de H.-J. Papier, *in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, p. 77 e ss.

[230] Cf. W. Martens, *in: VVDStRL* nº 30 (1972), p. 25.

[231] Essa a lição de D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 273, que, por essa razão, denomina os direitos derivados a prestações de direitos a igual (não arbitrariamente discriminatória) distribuição (*Zuteilung*) das prestações disponíveis.

no que diz com a utilização, nesta seara, dos mesmos argumentos relativos aos direitos originários a prestações, tema sobre o qual volteremos a nos manifestar.[232]

Nesse contexto, verifica-se, notadamente, ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, que, em sua maior parte, os direitos sociais (e objetivos de cunho social) estabelecidos na Constituição já foram objeto de considerável regulamentação e implementação por inúmeras políticas públicas. Basta aqui referir o exemplo do direito à saúde, para que se perceba que poucos são os serviços e procedimentos excluídos, em tese, da previsão legal ordinária. Com efeito, se em relação aos assim designados direitos originários a prestações alguns argumentos esgrimidos contra a exigibilidade judicial destes direitos não se aplicam – ou, pelo menos, não da mesma forma – aos direitos derivados (como dá conta o argumento da reserva parlamentar no que diz com a determinação das prestações devidas pelo Estado), parece correto, de outra parte, que – consoante já anunciado – a matéria exige maior digressão, até mesmo no que concerne à liberdade de conformação legislativa e de atuação do administrador no âmbito dos limites postos pelos princípios da vedação do excesso e da insuficiência, em suma, no que diz respeito aos critérios inerentes ao princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, e para além disso, não se pode desconsiderar os problemas que a matéria suscita na esfera da efetiva aplicação destes princípios, de modo especial, quando se cuida da hipótese de – via judicial – obter o acesso a prestações em virtude de uma exclusão arbitrária de benefício, aspecto que também se revela como de particular relevância, notadamente pelas grandes dificuldades que acarreta no âmbito do controle da constitucionalidade,[233] matéria que, todavia, refoge ao objeto de nosso estudo. Por fim, parece-nos que também entre nós a problemática dos direitos derivados a prestações poderia vir a merecer uma certa atenção, ressaltando-se, mais uma vez, que se cuida de uma alternativa mais diretamente vinculada às possibilidades de aplicação do princípio da igualdade que, nesta sua dimensão prestacional, de certa forma, passa a exercer a função de um direito subjetivo de igual acesso a prestações, do que propriamente no campo dos direitos fundamentais sociais, considerados como direitos originários a prestações.

3.4.4.3. A discussão em torno do reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações sociais, analisada à luz de alguns exemplos

3.4.4.3.1. Os principais argumentos. Se há alguma questão que merece ocupar um lugar de destaque no âmbito da problemática da eficácia dos direitos fundamentais, esta é, sem dúvida, a indagação em torno da possibilidade de se reconhecer, diretamente com base na norma constitucional definidora de um direito fundamental social, e independentemente de qualquer interposição legislativa, um direito subje-

[232] Como se percebe, a despeito da já referida ponderação crítica de M. M. Gouvêa, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas* ..., p. 14-15, sempre reconhecemos que a dimensão econômica e as dificuldades postas pelo limite da "reserva do possível" também se faz presente no âmbito dos direitos derivados a prestações.

[233] A respeito da problemática relativa à forma de tratamento da exclusão arbitrária de benefício incompatível com o princípio da isonomia (rubrica sob a qual a matéria habitualmente é tratada no direito pátrio), v., entre nós, especialmente G. F. Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 297 e ss., e C. M. Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 238 e ss.

tivo individual (ou coletivo) a uma prestação concreta por parte do Estado, isto é, se há como compelir judicialmente os órgãos estatais, na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental, à prestação que constitui o seu objeto.

Em suma, cuida-se de averiguar até que ponto os direitos sociais prestacionais efetivamente carecem de uma plena justiciabilidade, razão pela qual, segundo alguns, são merecedores do qualificativo *leges imperfectae*, devendo, de acordo com outros, ser considerados como direitos relativos, porquanto geram direito subjetivo apenas com base e nos termos da legislação concretizadora. Enfim, seja qual for o posicionamento que se vá adotar, o fato é que não há como escapar às críticas que habitualmente são endereçadas aos defensores das diversas concepções já formuladas nesta seara. Resta-nos, portanto, a tentativa de efetuar um balanço dos principais argumentos esgrimidos a respeito desta angustiante problemática, analisando-os à luz de exemplos concretos e pertinentes ao direito constitucional positivo, para que, ao final, possamos – sem qualquer pretensão de solver a controvérsia – tecer algumas considerações úteis para o debate a respeito do tema, que, ao menos entre nós, ainda reclama uma maior atenção.

Assim, constata-se que alguns dos mais ilustres representantes da doutrina pátria advogam o ponto de vista de acordo com o qual os argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual a uma prestação estatal são de cunho preponderantemente ideológico, não resistindo a uma análise jurídica mais detida.[234] Sem que se pretenda, ainda, adentrar no exame mais detido dos diversos aspectos suscitados, convém, ao menos, lançar um olhar sobre os principais argumentos encontrados.

Sustenta-se, por exemplo, que a natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação.[235] Para além disso, alega-se que mesmo em se tratando de preceitos imprecisos ou fluidos, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição.[236] Por outro lado, há quem aceite um direito subjetivo individual à prestação, nas hipóteses em que a norma definidora de um direito fundamental determina suficientemente o conteúdo da prestação, e que o procedimento para sua realização esteja expressa ou, no mínimo, implicitamente regulado na Constituição.[237]

[234] Nesse sentido, a lição de C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* nº 57-58 (1981), p. 245. Este parece ser também o entendimento de E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 311 e ss., onde aborda com criatividade e perspicácia o tema da eficácia das normas constitucionais.

[235] Cf. C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* nº 57-58 (1981), p. 244-5, secundado, mais recentemente, por A. de Assis, *in: AJURIS* nº 50 (1990), p. 46-7, que ilustra sua posição fazendo referência ao exemplo das medidas provisórias (art. 62 da CF), onde os termos "relevância" e "urgência", caracterizados também por serem ambíguos e vagos, reclamam uma exegese por parte do aplicador, sem que por esse motivo, venham constituir obstáculo para a imediata aplicabilidade da respectiva norma constitucional. Que a indeterminação do conteúdo dos direitos sociais não chega a ser, por si só, obstáculo para a concretização pelo Poder Judiciário também foi objeto de reconhecimento no direito alemão. Nesse sentido, v. F. Schnapp, *in*: von Maydell (Org.), *Soziale Grundrechte in der EG*, p. 14.

[236] Cf. C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* nº 57-58 (1981), p. 244-5, posteriormente acompanhado por L. A. M. Freire de Carvalho, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 163-4.

[237] Aqui igualmente cf. C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* nº 57-58 (1981), p. 242-3, admitindo um direito subjetivo a uma prestação concreta nas hipóteses em que a norma indica quem é o obrigado, caracterizando, de modo suficien-

Mais recentemente, houve quem sustentasse que os direitos sociais (mesmo os de cunho prestacional), por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos, já que o citado preceito, combinado com o art. 5º, inc. XXXV, de nossa Carta (inafastabilidade do controle judiciário), autoriza os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação.[238] Para os que propugnam esse ponto de vista, a lacuna gerada pela ausência de uma atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário, à luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais de direito, sem que com isto se esteja transpondo a fronteira entre a atividade judiciária e a legislativa.[239]

Percebe-se, contudo, que mesmo entre os autores mais liberais, admite-se a existência de hipóteses nas quais não é possível investir o particular de um direito subjetivo a determinada prestação estatal. Nesse contexto, assumem relevo alguns dos aspectos já referidos no que concerne às distinções entre os direitos sociais prestacionais e os direitos de defesa, bem como outros argumentos que igualmente serão sumariamente referidos para viabilizar uma posterior análise e tomada de posição sobre o tema. De acordo com Celso A. Bandeira de Mello, a posição jurídica dos particulares será menos consistente, não lhes conferindo a fruição e nem a possibilidade de exigir a fruição de algo, quando a norma constitucional "expressar em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra".[240] Ressalte-se que esse argumento se encontra diretamente vinculado ao problema da forma de positivação do direito fundamental, isto é, à sua estrutura jurídico-normativa. Em verdade, essa opinião harmoniza – ao menos parcialmente – com uma das objeções mais tradicionais, inclusive no direito comparado, feitas ao reconhecimento de direitos subjetivos (fundamentais) a prestações, qual seja, o da indeterminação e/ou ambiguidade do dispositivo que os prevê, linha de raciocínio adotada por diversos dos nossos autores mais tradicionais, quando, como já visto, se posicionam favoravelmente à existência de normas de eficácia limitada.

É também nesse sentido que assume relevância o argumento – já referido alhures – segundo o qual os direitos sociais prestacionais carecem de uma *interpositio legislatoris* pelo fato de ser extremamente difícil e, em certas situações, inviável, precisar, em nível constitucional, o conteúdo e alcance da prestação que constitui

te, a conduta devida cujo implemento satisfaz o direito concedido, isto é, nas situações em que a norma atribui, de imediato, o desfrute positivo de uma utilidade concreta e o poder jurídico de exigir este desfrute. Nesta mesma linha, situa-se o entendimento mais recente de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 106 e ss.

[238] Cf. A. Fioranelli Júnior, *in: RPGESP* nº 41 (1994), p. 26-7.

[239] Essa a lição de R. R. Ruschel, *in: AJURIS* nº 58 (1993), p. 295-6, ressaltando tratar-se de solução já praticada há muito tempo ao nível da legislação infraconstitucional pátria, de acordo com o disposto no art. 126 do Código de Processo Civil e artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim também E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 315, aludindo, nesse contexto, a um poder-dever do Poder Judiciário no sentido de assegurar a fruição do direito no caso concreto. Cumpre salientar, que este mesmo autor já havia sustentado e desenvolvido esse ponto de vista mesmo antes da vigência da Constituição de 1988, quando ainda não existia, entre nós, o preceito que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, razão pela qual a argumentação baseava-se fundamentalmente na autorização contida no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (v. E. R. Grau, *Direito, Conceito e Normas Jurídicas*, p. 129).

[240] Cf. C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* nº 57-58 (1981), p. 243. Também L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 107 e ss., admite que há casos nos quais as normas constitucionais atributivas de direitos sociais "contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora".

seu objeto. Ainda nesse contexto, nada obstante não necessariamente atrelado à ambiguidade do enunciado, situa-se o argumento de que há situações nas quais a norma constitucional expressamente transfere ao legislador ordinário a tarefa (o dever constitucional) de concretizar o direito fundamental, sendo que apenas após este ato de intermediação a prestação devida pelo destinatário tornar-se-á exigível.[241] Cuida-se, aqui, das assim denominadas normas de caráter impositivo, que já foram objeto de referência no capítulo sobre a eficácia das normas constitucionais em geral, enquadrando-se, de regra, no grupo das normas de eficácia limitada (o que não lhes retira a imediata aplicabilidade, na medida dos efeitos que lhe são atribuídos).

Outra linha de argumentação habitualmente oposta ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações diz com o limite fático da reserva do possível que, consoante já assinalado, chegou a ser considerada verdadeira característica dos direitos sociais prestacionais. Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais se encontra na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema de natureza eminentemente competencial.

Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos Poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. De acordo com a ponderação do publicista suíço J.-P. Müller, falta aos Juízes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica.[242]

Desde logo, impõe-se a ponderação de que ambos os argumentos – aspectos normativo-estruturais e reserva do possível – se encontram intimamente ligados ao problema do objeto do direito fundamental e, por conseguinte, à sua função como direito a prestações. Portanto, é a natureza do objeto que determina, de acordo com essa linha argumentativa, as especificidades que impedem uma eficácia plena destes direitos fundamentais. Relembre-se, por oportuno, que eventual ambiguidade ou indeterminação do conteúdo não acarreta, por si só, a indispensabilidade de uma intermediação legislativa em se tratando de direitos de defesa, já que estes pressupõem, para sua efetiva realização, uma atitude abstencionista do Estado. O que importa, relativamente aos direitos sociais prestacionais, é a possibilidade (ou não) de se

[241] Aqui também importa consignar, entre outros, a relativamente recente contribuição de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 107 e ss.

[242] Cf. J.-P. Müller, Soziale Grundrechte *in der Verfassung?*, p. 5, texto traduzido livremente do alemão ("Es fehlt dem Richter an funktionaler Eignung. Er kann die zur Zielerreichung notwendigen, vielfach an makroökonomischen Voraussetzungen gebundenen Leistungen selbst nicht bereitstellen. Dem Richter fehlen – selbst ausserhalb des unmittelbaren politischen Prozesses stehend – hinreichend gefestigte und anerkannte Kriterien, nach denen er die Leistungen im Feld juristischer Argumentation ausmessen könnte").

alcançar a definição de seu objeto, isto é, do conteúdo e alcance da prestação, através de mecanismos especificamente jurídicos, não se cogitando – se for este o caso – de uma ofensa ao princípio da separação dos Poderes.[243]

Outrossim, argumenta-se que alto grau de adaptabilidade dos direitos sociais, já que umbilicalmente ligados à conjuntura socioeconômica, tem por consequência o fato de que uma formulação mais determinada e completa fatalmente acarretaria uma rápida superação da norma pela realidade, colocando em risco a desejável estabilidade constitucional.[244] Para além disso, alega-se que os direitos sociais a prestações, por encontrarem-se em inevitável tensão dialética com os direitos de defesa, acabam por entrar em rota de colisão com outras normas constitucionais, inclusive com os próprios direitos de defesa, constituindo-se, nesse sentido, em causa para eventuais restrições na esfera dos últimos.[245] Por derradeiro, há quem sustente que os direitos sociais geram um efeito desintegratório sobre a ordem constitucional, porquanto despertam expectativas que facilmente resultam frustradas, além de habitualmente acabarem não cumprindo com sua função precípua de assegurar as condições materiais para a efetiva fruição dos direitos de liberdade.[246]

Relacionados – ainda que de forma sumária e incompleta –, os argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento de direitos fundamentais sociais, na qualidade de direitos subjetivos a prestações, impõe-se, antes de mais nada, a análise de alguns exemplos extraídos do direito constitucional pátrio e comparado, à luz dos quais, haveremos, no próximo item, de abordar algumas das principais concepções doutrinárias formuladas a respeito desta problemática, para que, ao final, possamos posicionar-nos sobre o tema.

3.4.4.3.2. O direito à garantia de uma existência digna: a problemática do salário mínimo, da assistência social, do direito à previdência social, do direito à saúde e à moradia. Nada obstante possamos, desde já, constatar que a formulação do enunciado abrange, especialmente após a incorporação expressa de um direito à moradia e de um direito à alimentação ao artigo 6º da nossa Constituição, diversos direitos fundamentais sociais expressa e distintamente consagrados em nossa Constituição (salário mínimo, assistência social, previdência social, saúde, moradia, alimentação, trabalho, lazer e ao transporte), verificar-se-á também que uma abordagem conjunta não nos parece descabida, já que, além de servir a propósitos didáticos, encontra sua justificativa na finalidade comum (ao menos no que tange ao aspecto ora referido) destes direitos, qual seja, a de assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna, sem que, como pretendemos aprofundar mais adiante, se esteja a sustentar que a garantia do mínimo existencial possa ser restringida aos direitos aqui mencionados.[247]

[243] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 462.

[244] Essa a lição de T. Tomandl, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, p. 32 e ss., bem como G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, p. 15-6.

[245] Nesse sentido, entre outros, A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 268.

[246] Cf. a oportuna lembrança de J. Lücke, *in: AÖR* nº 107 (1982), p. 38.

[247] Não esqueçamos que – ressalvado o direito ao salário mínimo (cuja vinculação com os direitos à saúde, previdência e assistência social se manifesta de outra forma) – os direitos à saúde, previdência e assistência social integram, em seu conjunto, o sistema de seguridade social (art. 194 da CF). Aliás, a exemplo do que ocorre em outras ordens constitucionais, também entre nós entendemos sustentável o ponto de vista de acordo com o qual o próprio sistema de

Aliás, também não é sem razão que se impõe, nesse contexto, uma alusão a um exemplo extraído da práxis doutrinária e jurisprudencial alemã, que, nada obstante a inexistência, na Constituição, de qualquer um dos direitos fundamentais referidos, reconheceu – com base numa construção hermenêutica – a existência de um direito fundamental subjetivo não escrito à garantia dos recursos materiais mínimos necessários para uma existência digna, destacando-se que a Alemanha, a despeito de um certo pioneirismo nesta esfera, não constitui o único caso a ser referido.[248]

Por outro lado, há como sustentar que, na base dos direitos sociais aqui versados e expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade. Não devemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1°, inc. III, da CF), foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF). Aliás, é no capítulo da ordem econômica, mediante inspiração remota, mas nem por isto menos marcante, em previsão similar contida na Constituição de Weimar, de 1919, que, no dispositivo citado, o Constituinte, além de elevar a dignidade da pessoa humana a princípio informador e condicionante da ordem econômica nacional,[249] explicitou o vínculo da dignidade com o assim designado mínimo existencial, que será objeto de maior atenção logo adiante.

Se, todavia, levarmos em consideração que todos os direitos fundamentais referidos já foram, entre nós (em maior ou menor escala), ainda que de forma parcial e não satisfatória, objeto de concretização pelo legislador (o direito ao salário mínimo e à previdência, inclusive antes da vigência da atual Constituição), poderemos argumentar que se cuida de matéria não afeta à problemática dos direitos originários a prestações, excluindo-a do âmbito da presente investigação. Mesmo assim, acreditamos que os exemplos referidos assumem relevância, tanto no que concerne à análise dos argumentos esgrimidos a favor de direitos subjetivos a prestações e contra eles, quanto no que diz com a problematização da possibilidade de extrapolarmos os estreitos limites impostos pela legislação infraconstitucional.

Nesse contexto, parece oportuna a referência à posição sustentada por alguns dos nossos mais ilustres doutrinadores, que, dentre outros aspectos, chegaram a

seguridade social, considerado em sua globalidade, pode ser tido ele próprio uma garantia institucional fundamental. Para uma análise da interação entre o mínimo existencial e os diversos direitos sociais v., D. W. Hachem, Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: R. F. Bacellar Filho; D. W. Hachem (coords.), *Direito Público no Mercosul*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205 e ss.

[248] Apenas para citar uma ordem jurídica mais próxima, registre-se que também o Tribunal Constitucional da Colômbia reconheceu um direito inominado ao mínimo vital, ainda que o conteúdo de tal direito não seja exatamente idêntico ao estabelecido pelo Tribunal da Alemanha. Sobre o direito a um mínimo vital na Colômbia, com farta documentação e desenvolvimento doutrinário, v. a contribuição de R. Arango e J. Lemaitre, *Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, especialmente p. 11-88. No mesmo sentido, cumpre registrar a exemplo do Chile, onde a Corte Constitucional (Sentença SU-111, de 1997) reconheceu a exigibilidade de direitos a prestações ligadas ao mínimo vital, por sua vez, conexionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para maiores desenvolvimentos v. o recente ensaio de H. Nogueira Alcalá, "El constitucionalismo contemporaneo y los derechos económicos, sociales y culturales", *in: Estudios Constitucionales*, p. 152 e ss.

[249] Sobre o tema, designadamente a respeito da existência digna como finalidade precípua da ordem econômica, v., entre outros, L. J. Petter, *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*, São Paulo: RT, 2005, p. 170 e ss.

admitir a possibilidade de reconhecer-se, no caso concreto, a insuficiência e, em decorrência, a inconstitucionalidade do valor estabelecido pela lei para o salário mínimo, condenando-se o empregador ao pagamento da diferença apurada em Juízo,[250] ou mesmo a eventual viabilidade de uma indenização por parte do Estado, no sentido de cobrir a diferença entre o valor previsto na lei e o montante efetivamente necessário para atender aos critérios constantes na Constituição.[251] Em se considerando a vinculação – inclusive por expressa determinação da própria Constituição – do valor das aposentadorias, pensões, benefícios previdenciários e até mesmo da assistência social ao valor do salário mínimo, há que reconhecer, também nesse particular, a evidente conexão entre os direitos citados.[252]

É, contudo, no âmbito do direito à saúde que talvez encontremos a maior gama de questionamentos, bem como a produção mais relevante na seara doutrinária e jurisprudencial, especialmente no que concerne à possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos diretamente embasados na Constituição. Além disso, é nesta seara que os problemas de efetivação assumem dimensão muitas vezes trágica, não sendo raros os casos em que a falta das prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito. Com efeito, não foi sem razão que, recentemente, houve até mesmo quem apontasse para a necessidade de escolhas "trágicas", especialmente (mas não exclusivamente) na esfera da saúde, tendo em conta o permanente conflito entre a inevitável escassez de recursos e o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais.[253]

Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos à saúde, assistência social e previdência social[254] – para além de sua previsão no art. 6° da CF – se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando, de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que, por força do disposto no art. 5°, § 2°, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas da ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, nesse caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais.

Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6° da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdo daqueles. No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6° da CF: "São direitos sociais a educação, *a saúde*, a alimentação, o trabalho, *a moradia*, o lazer, a segurança, *a previdência social*, a

[250] Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 156, ressaltando, contudo, eventual ofensa ao princípio da isonomia.

[251] Essa a lição de C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* n° 57-58 (1981), p. 253, ainda na vigência da Constituição de 1967-69, referida, posteriormente, por L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 156.

[252] Atente-se, nesse contexto, ao disposto nos arts. 201, § 5°, e 203, inc. V, ambos da nossa Constituição.

[253] Cf., entre nós e paradigmaticamente, G. Amaral, *Direito, Escassez e Escolha*, especialmente p. 133 e ss.

[254] A partir dos direitos à saúde, assistência e previdência social, que formam o tripé do sistema de seguridade social na Constituição Federal de 1988, há como falar num direito fundamental à segurança social. Explorando o tema e desenvolvendo suas diversas perspectivas, v., dente outros, a recente e profunda contribuição de S. B. Fortes e L. Paulsen, *Direito da Seguridade Social*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

proteção à maternidade e à infância, *a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*" (grifo nosso). Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, nesse particular, a outras considerações a respeito deste aspecto.[255]

A constatação de que ao indivíduo é reconhecida, no mínimo, a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de acordo com os pressupostos e parâmetros estabelecidos em lei, é, a toda evidência, restringir-se ao terreno da obviedade. Todavia, não menos elementar (mas nem por isso menos relevante) é a constatação de que o legislador, além de obrigado a editar os atos normativos concretizadores, deve ater-se aos critérios previstos na norma constitucional. Consoante já assinalado, na primeira hipótese configura-se a inconstitucionalidade por omissão, ao passo que na segunda poderia cogitar-se de inconstitucionalidade por omissão parcial, por ter o legislador desempenhado de forma insuficiente o seu encargo, situação na qual nos deparamos, em verdade, também com uma inconstitucionalidade por ação. Em face desta constatação, houve quem tivesse aventado a possibilidade de questionar-se, por via de ação direta, a inconstitucionalidade do ato normativo que estabeleceu o valor da prestação social em patamar inferior ao reclamado pela Constituição, ressaltando-se, contudo, que, em sendo declarada a nulidade da lei, se imporia uma solução para a ausência da norma dispondo sobre o valor do benefício ou salário.[256]

Relativamente ao salário mínimo (art. 7º, inc. IV, da CF), a questão já foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 737-8), na qual se impugnou, por insuficiente (relativamente aos critérios estabelecidos no art. 7º, inc. IV, da CF), o valor atribuído ao salário mínimo pela Lei nº 8.149, de 07-05-92. Na medida, contudo, em que sobreveio a edição de nova lei, o Supremo Tribunal Federal, consoante orientação pacificada, julgou extinta a ação, razão pela qual não chegou a posicionar-se a respeito da inconstitucionalidade suscitada.[257] Em verdade, ainda que declarada fosse a inconstitucionalidade e, por via de consequência, a nulidade da lei, não se teria – como já assinalado – dado solução ao problema. Pelo contrário, cuidar-se-ia de hipótese relativamente à qual se advoga a possibilidade de uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, já que a ausência de lei ensejaria uma inconstitucionalidade ainda maior: em vez de um valor insuficiente, não teríamos valor algum.[258]

255 Lembramos o leitor de que na 1ª parte da obra desenvolvemos com maior profundidade as questões relativas às possibilidades e limites do conceito material de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição. No que diz com a fundamentalidade dos direitos à previdência e assistência social, v. o desenvolvimento do tema, com profundidade, em M. L. Tavares, *Previdência e Assistência Social*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, especialmente p. 185 e ss. Cuidando do direito à previdência social como direito fundamental e explorando os princípios constitucionais que presidem o sistema previdenciário, v. a relevante contribuição de D. M. da Rocha, *O Direito Fundamental à Previdência Social*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

256 Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 156.

257 V. ADIN nº 737-8, julgada em 16-09-93 e publicada no DJU em 22-10-93 (fl. 22.252).

258 A respeito da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no direito brasileiro e alienígena, v., principalmente G. F. Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 285 e ss. e C. M. Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 161 e ss. Mais recentemente, vale conferir a obra de L. L. Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, especialmente p. 464 e ss.

É precisamente nesse contexto que assume relevo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 1.232-DF, que teve por objeto a declaração da inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742, de 07-12-93, que concretizou e regulamentou o direito à assistência social (art. 203 da CF). Entendiam os autores da demanda que houve flagrante ofensa ao disposto no art. 203, inc. V, da CF, já que a lei condicionou a concessão do benefício às pessoas cuja família possuísse renda *per capita* inferior à do salário mínimo, considerando beneficiário (necessitado) apenas quem se enquadrasse nesta hipótese. O Supremo Tribunal Federal, entendendo ser o art. 203 norma constitucional não autoaplicável (de eficácia limitada), denegou a medida cautelar pleiteada, argumentando que a declaração de nulidade do dispositivo legal redundaria numa situação ainda mais gravosa, orientação que prevaleceu durante muito tempo.[259] Importa consignar, todavia, que o critério legal impugnado na ADIn 1.232 seguiu sendo objeto de acirrada controvérsia, inclusive em sede jurisdicional, resultando em importantes decisões que, efetuando uma leitura embasada no princípio da dignidade da pessoa humana, afastaram a limitação imposta pela Lei nº 8.742/93, entendendo que mesmo em sendo a renda *per capita* familiar superior à do salário mínimo, existe a possibilidade de comprovação da efetiva falta de meios de prover o próprio sustento e/ou de tê-lo provido pela família, em face de circunstâncias especiais do caso concreto.[260]

Na esteira do que vinha sendo reconhecido em muitas decisões proferidas na esfera da jurisdição ordinária, alguns ministros do STF, em decisões monocráticas, passaram a negar seguimento às reclamações do INSS, argumentando que a reclamação não seria a via adequada para avaliar e reexaminar o conjunto probatório e as circunstâncias fáticas nas quais se louvou a decisão impugnada para o efeito de conceder o benefício, o que, somado aos novos critérios introduzidos na ordem jurídica para a concessão de outros benefícios assistenciais, mas também à vista da profunda alteração do quadro econômico nacional, evidencia que os critérios originais, notadamente naquilo que excluem outros parâmetros para aferição, no caso concreto, da condição de miserabilidade, tudo a atestar, de acordo com a voz de Gilmar Mendes, "o processo de *inconstitucionalização* por que tem passado o § 3º do art. 20 da LOAS (Lei 8.742/1993)", processo esse que abarca a verificação de um estado de inconstitucionalidade por omissão parcial e um dever constitucional do legislador no sentido de corrigir tal estado.[261] Finalmente, em sintonia com a argumentação e tendência acima referida, o STF acabou alterando o entendimento adotado na ADI 1.232-1/DF e, na linha de decisões monocráticas corretivas dos critérios legais objetivos estritos, de modo a permitir sejam considerados outros referenciais, tudo no sentido de assegurar uma aplicação mais afinada com o direito à assistência social previsto na CF. Nesse sentido, o STF acabou por declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, em sede de Repercussão Geral.[262]

259 Cf. Decisão prolatada em 22-03-95 e extraída da RTJ nº 154 (1995), p. 818 e ss.

260 Nesta quadra, entre outras decisões já proferidas, colacionamos o Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2000.04.01.072386-9/RS, julgado em 06.02.2001, pelo TRF da 4ª Região, relatado pelo ilustre Magistrado Nylson Paim de Abreu, referindo, em seu voto condutor do julgamento, que a assistência social obedece ao princípio da necessidade, consubstanciado no artigo 203, inciso V, da Constituição.

261 Cf. G.F. Mendes, "Direitos sociais", in: ——; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 720 e ss.

262 Cf. Rcl 4.374, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-4-2013, DJE de 04.09.2013; RE 567.985, rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 18.04.2013, DJE de 3-10-2013, com Repercussão Geral.

Percebe-se, com base nestas decisões, que o Supremo Tribunal Federal acabou por considerar ambos os direitos fundamentais sociais (salário mínimo e assistência social) como direitos dependentes de lei e, portanto, positivados como normas de eficácia limitada, o que hoje está sendo objeto de reavaliação, pelo menos no caso do direito à assistência social (art. 203, CF)[263]. Se tal conclusão não impede eventual sindicabilidade dos atos normativos infraconstitucionais por meio do controle da constitucionalidade, já que também as normas de eficácia limitada são dotadas de eficácia derrogatória, servindo, além disso, de parâmetro (e limite) para a concretização, aplicação, interpretação e integração das demais normas jurídicas, há que reconhecer que, em se compartilhando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, se estará admitindo a impossibilidade de – para além ou mesmo independentemente de qualquer ato legislativo – reconhecer ao particular direitos subjetivos a prestações no âmbito destes direitos sociais.

Com efeito, em sendo esse o caso, a inconstitucionalidade e consequente nulidade dos atos legislativos inquinados nas hipóteses referidas não teriam o condão de impedir a plena eficácia das normas constitucionais respectivas, uma vez que autênticos direitos fundamentais originários (inclusive quanto à dimensão jurídico-subjetiva) a prestações, o que nos reconduz ao questionamento inicial, ou seja, se os direitos fundamentais ao salário mínimo, previdência social e assistência social podem, ainda que os tivéssemos como consagrados em normas de eficácia limitada (isto é, de cunho programático), gerar direito subjetivo para os particulares. Independentemente de qualquer posição conclusiva a respeito (que iremos formular mais adiante), também é verdade que no âmbito do Poder Judiciário pátrio já existem uma série de decisões (e o exemplo extraído da jurisprudência do TRF da 4ª Região dá conta disso) extraindo importantes consequências da Carta Magna nesta esfera, inclusive no sentido do reconhecimento de direitos originários a prestações, ou, no mínimo, acatando a possibilidade de sindicar as opções legislativas nesta seara.

No que tange ao salário mínimo, poderão acolher-se os argumentos de Celso A. Bandeira de Mello e L. R. Barroso, de que não se cuida de norma de cunho programático, ao menos não no sentido de que o respectivo dispositivo (art. 7º, inc. IV, da CF) contenha princípios gerais ou estabeleça fins e/ou tarefas para o Estado, já que, pelo contrário, consagra expressamente um direito fundamental dos trabalhadores, descrevendo, inclusive, os diversos critérios a serem adotados pelo legislador, razão pela qual é de considerar-se norma diretamente aplicável e plenamente eficaz.[264] Por outro lado, poderia reconhecer-se – a exemplo do que parece ter sido a posição do Supremo Tribunal Federal – que, em face da expressa remissão ao legislador contida no preceito citado ("salário mínimo, fixado em lei"), o Constituinte efetivamente teve a intenção de conceder aos trabalhadores o direito fundamental ao salário mínimo, mas não a qualquer salário, e sim, ao salário fixado pela lei, o que não impediria que se considerasse a possibilidade de estarmos diante de norma de cunho impositivo (que se distingue das normas-programa, normas-tarefa e normas-fim ou objetivo,

[263] Com efeito, v. a decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, em 01.02.07, na Medida Cautelar em Reclamação nº 4.374-6/PE (DJU de 06.02.07), onde o relator refere a possibilidade de comprovação da necessidade por outros meios do que o limite de renda previsto na lei, admitindo até mesmo um possível "processo de inconstitucionalidade" (parcial!) da lei.

[264] Cf. C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* nº 57-58 (1981), p. 252 e ss., e L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 154 e ss.

pelo grau de vinculação do legislador), isto é, que contenha uma ordem específica de legislar, sem que deixássemos de ter uma norma de eficácia limitada. Se o problema se restringisse à completude do enunciado normativo, isto é, à descrição suficiente do objeto da prestação e dos critérios para sua aferição, certamente não haveria óbice algum para acolhermos a primeira alternativa. A questão, no entanto, não se resume a esse aspecto, sendo, de longe, menos singela.

Como já assinalado, em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram (ao menos de acordo com a doutrina majoritária) sob uma reserva do possível, circunstância que, por sua vez, implica uma necessária tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos, cometida aos órgãos políticos e para tanto legitimados. Independentemente, portanto, da mera questão da completude do enunciado normativo, cuida-se de questionar se efetivamente os juízes e os tribunais não poderiam, em face da inércia ou da deficiente atuação do legislador, determinar um valor para o salário mínimo e, além disso, assegurar aos titulares do direito o seu recebimento. Cientes de que é a Constituição (e não a lei) que concede o direito fundamental[265] e aplicando-se o adágio do "quem pode mais pode menos", poderíamos argumentar que, em tendo definido suficientemente o conteúdo da prestação, o Constituinte acabou autorizando que da Constituição se extraiam diretamente as posições jurídico-subjetivas, independentemente da edição de ato concretizador.

Em contrapartida, é preciso ter em mente a possibilidade de que, ao fazer expressa referência à lei, o Constituinte transferiu para o legislador a competência concretizadora. Para além disso, há que concordar – sob o aspecto de possibilidade teórico-jurídica – com os que entendem que, ao estabelecerem uma valor constitucionalmente adequado para o salário mínimo, os tribunais nada mais estariam fazendo do que aplicando conceitos de natureza vaga, assim como quando se fixa, por exemplo, o valor da justa indenização na desapropriação, não sendo difícil apurar-se o montante das despesas médias familiares, com base em dados seguros, tais como valor da cesta básica, alugueres, despesas com água e luz, material escolar, uso dos meios de transporte coletivo etc.[266]

Não se tratasse, no entanto, de um problema vinculado – ao menos é o que se sustenta – à legitimidade para proceder a esta determinação do valor, a questão certamente não suscitaria maiores dúvidas. Com efeito, não se podem negligenciar os inúmeros reflexos da fixação do valor do salário mínimo na conjuntura socioeconômica. Nesse sentido, verifica-se, desde logo, que, majorado o salário mínimo, se impõe a majoração, na mesma proporção, das pensões, aposentadorias e benefícios a ele vinculados. Da mesma forma, alterar-se-ão as contribuições sociais incidentes sobre os salários. Os custos de produção – por mais que fosse possível controlá-los – fatalmente subiriam, o que, por sua vez, acarretaria graves reflexos na esfera do consumo e, como reação, eventual diminuição da produção, desemprego etc. Igualmente não haveria como evitar implicações diretas nas finanças públicas, inclusive em nível orçamentário. Ainda que o salário mínimo constituísse referencial apenas para a remuneração na esfera privada, tais consequências seriam inevitáveis. Por outro lado, uma

[265] Assim a oportuna lembrança de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 108.

[266] Cf. C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* nº 57-58 (1981), p. 252, secundado, recentemente, por L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 155.

condenação individualizada do empregador a pagar a diferença, como já se referiu, no mínimo seria problemática, em face das exigências do princípio da isonomia.

Os poucos exemplos a que se fez menção justificam, no mínimo, que se questione – a partir deste ângulo, e não o do grau de completude da norma – se a decisão sobre o valor estipulado para o salário mínimo efetivamente não deva ser deixada para o legislador, em face de sua legitimação política, na medida em que resultaria de um amplo processo de discussão, assumindo, ao final, caráter genérico e uniforme, na condição de lei em sentido material e formal. Que o legislador se encontra, por outro lado, vinculado aos parâmetros constitucionais, podemos ter como incontroverso, viabilizado o recurso ao controle da constitucionalidade, hipótese na qual, em virtude das consequências resultantes de eventual declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, se imporia uma renúncia à pronúncia de nulidade.[267] A viabilidade de outras soluções no âmbito dos casos concretos (e não na esfera do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade) vai, por outro lado, depender do alcance que se possa outorgar aos mecanismos pertinentes, aspecto que, por ora, não pretendemos desenvolver.

Também no que tange aos direitos à assistência e previdência social, poder-se-iam levar em consideração os aspectos referidos. Algumas especificidades devem, contudo, ser ressaltadas. No caso da assistência social, constata-se que o argumento da competência assume feição nitidamente mais frágil, já que o Constituinte, além de determinar a prestação do benefício independentemente de qualquer contribuição à seguridade social (art. 203, *caput*, da CF), ao enunciar os objetivos da assistência social, também acabou por definir o perfil de seus beneficiários, isto é, dos titulares do direito fundamental (art. 203, incs. I a V, da CF).[268] Por derradeiro, dispensável até mesmo qualquer fixação de valores, já que expressamente determinado que às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos que não possuírem os meios de prover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, haverá de se pagar a quantia equivalente a um salário mínimo (art. 203, inc. V, da CF). Assim, pelo menos em existindo lei dispondo sobre o valor do salário mínimo (já que, não existindo, incidiriam os problemas já referidos), também no concernente a esse aspecto não se vislumbram reais obstáculos.

Relativamente à previdência social, importa considerar que esta – como direito fundamental – não tem o seu objeto limitado a determinado tipo de prestação, abrangendo uma variada gama de benefícios (arts. 201 e 202 da CF). Ressalte-se, ademais, que também o direito à previdência social já foi objeto de concretização e detalhada regulamentação na esfera infraconstitucional. Por outro lado, coloca-se a questão de se todos os dispositivos (e respectivas normas) que integram o conjunto de preceitos relativos à previdência social podem ser efetivamente considerados

[267] Nesta hipótese, já que inadequadas as técnicas tradicionais ligadas à pronúncia de nulidade, poderia cogitar-se, a exemplo do que fez G. F. Mendes, *in: CDTFP* nº 3 (1993), p. 21 e ss., de uma solução semelhante à adotada no direito constitucional germânico, no qual se reconhece a possibilidade de uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, mantendo-se em vigor o ato normativo e apelando-se para que o órgão legislativo corrija o estado de inconstitucionalidade. Todavia, percebe-se que essa alternativa esbarra na vontade política do legislador em corrigir a situação inconstitucional, já que inexistente qualquer mecanismo coercitivo que possa obrigá-lo a editar norma substitutiva que corresponda às exigências da Constituição.

[268] Correta, nesse contexto, a ponderação de M. M. Gouvêa, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 60, ao lembrar a relevância da discussão em torno dos conceitos indeterminados para um adequado manejo da problemática envolvendo o controle judicial da atuação do poder público nesta seara.

fundamentais, ou se o são apenas as normas assecuratórias dos diversos benefícios, a exemplo de um direito fundamental à aposentadoria, à pensão ou mesmo a auxílio-doença. Poder-se-ia, inclusive, questionar se a previdência social em seu todo, na qualidade de complexo de normas e posições jurídicas, não seria um direito fundamental proclamado sob feição de uma garantia institucional. Essas são questões que sem dúvida mereceriam análise mais detida, tendo reflexos inclusive na esfera dos limites à reforma constitucional e ao regime jurídico da aplicabilidade imediata das normas sobre a previdência social. Desde logo, verifica-se que, enquanto no art. 201, nos seus diversos incisos e parágrafos, se encontram princípios e regras gerais sobre os objetivos, tipos de benefícios, valores, assim como matérias de cunho organizatório e procedimental, no art. 202 se cuidou especificamente do direito fundamental à aposentadoria. Que algumas das normas contidas nesses preceitos pertencem, em verdade, às normas organizacionais, e não ao grupo das normas definidoras de direitos e garantias, parece evidente. Da mesma forma, poderão sustentar-se as distinções existentes no que tange à carga eficacial destas normas e à posição jurídico-subjetiva na qual investem os particulares.

Nesse contexto, pacificou-se, por exemplo, o entendimento de que as normas contidas no art. 201, § 5º (vinculação do valor dos benefícios, no que concerne ao seu piso, ao salário mínimo) e § 6º (valor-base para a gratificação natalina dos pensionistas e aposentados) são diretamente aplicáveis e eficazes, vinculando todos os poderes estatais, independentemente de qualquer ato legislativo, posição esta acolhida já algum tempo pelo Supremo Tribunal Federal, que, além disso, sustentou que o art. 195, § 5º, da CF, de acordo com o qual nenhum benefício poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total, vincula tão somente o legislador, não constituindo óbice para a aplicação dos critérios já referidos e estabelecidos no art. 201, §§ 5º e 6º, de nossa Lei Fundamental.[269]

Já no que diz com o art. 202 da CF, que assegura o direito à aposentadoria, nos termos da lei, constata-se que as normas nele contidas se destacam por sua alta densidade normativa, isto é, por sua completude intrínseca, já que, além de definir o objeto do direito (aposentadoria), fixam critérios bem determinados para sua concessão, razão pela qual já se sustentou, na doutrina, a possibilidade de – independentemente de lei – reconhecer-se um direito subjetivo individual à aposentadoria.[270] Também no tocante a esse aspecto, posicionou-se, no âmbito do controle concreto da constitucionalidade (RE nº 166.961-RS), o Supremo Tribunal Federal, entendendo que a norma contida no art. 202, inc. I, da CF, que regulamenta a aposentadoria por idade, constitui direito imediatamente aplicável.[271] Cuidou-se, na hipótese, de recurso interposto contra decisão que havia condenado o INSS ao pagamento de uma aposentadoria no valor de um salário mínimo, por ter a autora completado a idade fixada na Constituição. Do voto do eminente Relator, Ministro Néri da Silveira, extrai-se o entendimento de acordo com o qual o art. 202, inc. I, não reclama uma concretização pelo legislador, constituindo norma diretamente aplicável e plenamente eficaz, possibilitando, em face do disposto no art. 201, §§ 5º e 6º (igualmente de aplicação

[269] Cf., por exemplo, *RTJ* nº 154 (1995), p. 983 e ss.

[270] Nesse sentido, encontramos a referência de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 150, ao direito da mulher à aposentadoria aos trinta anos de trabalho (artigo 202, II).

[271] Cf. RTJ nº 154 (1995), p. 995 e ss.

imediata), a fixação do valor da aposentadoria em um salário mínimo, não se verificando qualquer ofensa ao art. 195, § 5°, já que esse vincula apenas o legislador.[272]

O que importa destacar aqui é o fato de que o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer um direito fundamental originário e subjetivo a uma prestação, no caso, aposentadoria no valor de um salário mínimo. Registre-se ainda que já houve quem, entre nós, mesmo não reconhecendo um direito individual subjetivo (ao menos não como direito originário), sustentou a impossibilidade de uma *reformatio in pejus* no âmbito da previdência social, advogando, assim, a proibição de retrocesso nesta esfera, de tal sorte que ao menos o conteúdo essencial do sistema de previdência social (incluindo o direito à aposentadoria) não poderia ser afetado, nem mesmo por meio de emenda à Constituição.[273] Tendo em vista, porém, que o problema da proibição de retrocesso será objeto de atenção no último capítulo desta parte do nosso estudo, deixamos, por ora, de avançar nesta matéria.

Sem pretensão alguma de esgotar o tema, convém que se lance um breve olhar sobre o direito comparado. Nesse contexto, assume relevo o direito constitucional alemão, no qual, embora a inexistência (salvo casos excepcionais) de direitos fundamentais sociais prestacionais, se registram alguns casos nos quais a doutrina e o próprio Tribunal Federal Constitucional, no exercício de autêntica criação jurisprudencial do Direito, reconheceram – com apoio em outras normas de direitos fundamentais e com base no princípio do Estado Social – algumas posições jurídico-subjetivas, tidas como autênticos direitos fundamentais sociais não escritos. A solução encontrada naquela prestigiada ordem constitucional, ainda que não seja similar ao modelo pátrio, poderá, no mínimo, fornecer interessantes subsídios para um equacionamento do problema, que, a despeito da positivação de direitos sociais na Constituição, também se manifesta entre nós. Da mesma forma, inequívoca a influência do pensamento germânico sobre a doutrina e jurisprudência constitucionais de outros países europeus, especialmente Espanha, Itália e Portugal, que, por outro lado, têm influenciado diretamente o pensamento pátrio.

Assim, em que pese não existir na Lei Fundamental da Alemanha um direito fundamental ao salário mínimo, à previdência social (aposentadoria) ou mesmo à assistência social, a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos constituintes, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na doutrina, o primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de cinquenta, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, inc. I, da LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por essa razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2°, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.[274]

[272] Cf. RTJ n° 154 (1995), p. 996-7.

[273] Essa a lição de M. P. Dallari Bucci, *in: CDCCP* n° 12 (1995), p. 116 e ss.

[274] Cf. O. Bachof, *in: VVDStRL* n° 12 (1954), p. 42-3.

Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.[275] Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4°, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]).

Por fim, ainda que transcorrido cerca de duas décadas, o Tribunal Federal Constitucional também veio a consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida ao longo desta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: "certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essencias de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais".[276]

Em que pesem algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional alemã, resultando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial.[277] Para além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.[278]

Ressalte-se, ainda, que não a dignidade da pessoa humana em si, mas as condições mínimas para uma existência com dignidade constituem o objeto precípuo da

[275] Cf. *BVerwGE* 1, 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24-06-1954.

[276] Cf. *BVerfGE* 40, 121 (133).

[277] Para tanto, v. *BVerfGE* 78, 104, reiterada em 82,60 e 87, 153. Ressalte-se que nas duas últimas decisões, se tratou da problemática da justiça tributária, reconhecendo-se para o indivíduo e sua família a garantia de que a tributação não poderia incidir sobre os valores mínimos indispensáveis a uma existência digna. Cuidou-se, contudo, não propriamente de um direito a prestações, mas, sim, de limitar a ingerência estatal na esfera existencial, ressaltando-se aqui também uma dimensão defensiva do direito fundamental ao mínimo para uma existência digna. Note-se que o princípio da dignidade humana passa, sob esse aspecto, a constituir limite material ao poder de tributar do Estado.

[278] Nesse sentido a paradigmática proposição de um dos principais teóricos do Estado Social na Alemanha, H. F. Zacher, *in: HBStR I*, p. 1062 e ss. Em obra específica sobre o tema, U. Sartorius, *Das Existenzminimum im Recht*, Baden-Baden: Nomos, 2000, especialmente p. 54 e ss., apresenta uma fundamentação calcada no princípio do estado social e na dignidade da pessoa humana. Apresentando uma resenha crítica e atualizada da problemática, v. especialmente, J. M. Soria, "Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums", *in*: *JZ* 13/2005, p. 644 e ss. No âmbito da produção monográfica específica, v., B. Könemann, *Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum*, Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2005, bem como, por último, W. G. Leisner. *Existenzsicherung im öffendlichen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

prestação assistencial.[279] Nesse sentido, o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social alcança o caráter de uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si.[280] Nesse sentido, embora não necessariamente reduzindo a fundamentação do mínimo existencial a um argumento autonômico, é possível reconhecer que também o mínimo existencial tem por função assegurar as condições fáticas para o exercício pleno da autonomia individual.[281] Vinculada a essas considerações, encontra-se a problemática da aferição do valor necessário para uma existência digna, registrando-se que, em princípio, as opiniões convergem no sentido de que a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação.[282] A fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é – além de condicionada espacial e temporalmente – dependente do *standard* socioeconômico vigente,[283] na medida em que não se pode negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito às flutuações, não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes.[284]

Todavia, tem-se como certo que uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesse sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.[285] Por derradeiro, registre-se a lição de H. Scholler, Professor Emérito da Universidade de Munique, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada "quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade".[286]

Ainda no que concerne ao conteúdo da prestação assistencial em exame, a doutrina e a jurisprudência alemãs partem da premissa de que existem diversas maneiras de

[279] Aprofundando essa perspectiva e, de modo especial, discorrendo sobre a dignidade da pessoa humana no contexto de um direito às prestações materiais indispensáveis para uma existência compatível com a dignidade, v., entre nós, especialmente o pioneiro e paradigmático ensaio de R. L. Torres, *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*, *in*: RDA nº 177 (1989), p. 20-49, além do recente e indispensável contributo de A P. de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, especialmente p. 191-99, e p. 247 e ss. Mais recentemente, embora priorizando uma perspectiva fundada na teoria das necessidades, v., P. G. C. Leivas, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 129 e ss. Igualmente acessando o critério das necessidades, L. V. Wandelly, *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho*. São Paulo: LTR, 2012, p. 138 e ss.

[280] Essa a oportuna formulação de V. Neumann, *in: NVwZ 1995*, p. 425. Entre nós, igualmente salientando tal aspecto, v., por último, J. F. Ledur, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 109 e ss., destacando que "o direito a um mínimo existencial corresponde ao direito à subsistência de que nos fala Pontes de Miranda", excluindo a ideia de caridade.

[281] Nesse sentido v. entre outros a judiciosa contribuição de T. Weber, *Ética e Filosofia do Direito*. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana, Petrópolis: Vozes, 2013, p. 205 e ss., aqui explorando uma fundamentação calcada na teoria de John Rawls.

[282] Cf. novamente V. Neumann, *in*: *NVwZ 1995*, p. 428-9.

[283] Cf. C. Starck, *in: BVerfG und GG II*, p. 522. No mesmo sentido, v., por todos na literatura brasileira, R. G. Leal, *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 97 e ss., bem enfatizando a necessária consideração da conjuntura nacional, embora sempre aberta e dinâmica, para a determinação do conteúdo do mínimo existencial.

[284] Nesse sentido, R. Breuer, *in: FS für das BVerwG*, p. 97.

[285] Essa a lição de V. Neumann, *in: NVwZ 1995*, p. 428 e ss.

[286] Cf. H. Scholler, *in: JZ 1980*, p. 676 ("wo ein Dasein möglich ist, welches sich grundrechtlich entfalten kann, insbesondere wo die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung besteht").

realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição etc., podendo os tribunais decidir sobre esse padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.[287] Relevante, sem dúvida, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.[288]

No âmbito do direito brasileiro, assim como se verifica no caso lusitano, verifica-se, em termos gerais, uma adesão – ressalvadas peculiaridades importantes – à tradição alemã de fundar o direito ao mínimo existencial tanto no direito à vida, quanto, em especial, na dignidade da pessoa humana, inclusive vinculando-o ao livre desenvolvimento da personalidade, de tal sorte que – a despeito de algumas divergências – o mínimo existencial abrange não apenas a garantia da sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural (e mesmo, como já se sustenta mesmo entre nós, de um mínimo existencial ecológico ou ambiental), incluindo, portanto, o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais.[289]

De outra parte, registra-se um elevado consenso, inclusive no campo da jurisprudência constitucional, no sentido de que o mínimo existencial, consoante já adiantado, apresenta simultaneamente uma dimensão negativa (tutela do mínimo contra intervenções do Estado e de particulares) e uma dimensão positiva, como direito a prestações. Tais aspectos, ainda que não se pretenda aprofundar a matéria, assumem particular relevância no campo da exigibilidade e proteção dos direitos fundamentais, como será objeto de análise em vários momentos da presente obra, para além das considerações já tecidas.

Retornando aos exemplos extraídos do direito brasileiro, verifica-se, em primeiro lugar, que o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram – aqui e lá – na base dos direitos sociais em exame. Além disso, impõe-se a conclusão de que, independentemente da previsão expressa de um direito a prestações que tenham por finalidade assegurar ao indivíduo uma existência digna, seja o

[287] Essa a posição de R. Breuer, *in: FS für das BVerwG*, p. 97. Também o Tribunal Federal Constitucional atribui ao legislador a competência precípua de dispor sobre o conteúdo da prestação. Nesse sentido, v. *BVerfGE* 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1). Relativamente ao problema da liberdade de conformação do legislador na concretização do conteúdo do mínimo existencial, v., mais recentemente, I. Moreira, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 143 e ss.

[288] Cf. o já referido *leading case* da Corte Federal Constitucional (*BVerfGE* 40, 121 [133]).

[289] Relativamente aos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais na Alemanha, v., recentemente, entre outros, J. M. Soria, "Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums", *in*: *JZ* 2005, cit., p. 644 e ss. e A. von Arnauld, "Das Existenjminimun", *in*: A. von Arnauld e A. Musil (Ed.). *Strukturfragen des Sozialverfasungsrednts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 283 e ss., M. Wallerath, "Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums", *in*: *JZ* 2008, p. 157 e ss., pugnando por uma concepção integrativa da dimensão sociocultural, reconhecendo, contudo, o avanço das tendências restritivas, especialmente no âmbito das reformas sociais. No âmbito do direito constitucional lusitano, fortemente influenciado pela dogmática e jurisprudência constitucional alemã, v., mais recentemente, I. Moreira, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 133 e ss., colacionando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais mais significativos e enfatizando a função defensiva e prestacional do mínimo existencial. Na literatura brasileira, v., o paradigmático R. L. Torres, *O Direito ao Mínimo Existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, bem como a excelente contribuição de E. Bitencourt Neto, *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. K. da S. Cordeiro, *Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

nome que se lhe dê, tal direito – fundamentalíssimo, diga-se de passagem – também entre nós poderia ser deduzido diretamente do princípio da dignidade humana e do direito à vida, ambos consagrados em nossa Constituição, solução que, aliás, também serviu de inspiração ao Tribunal Constitucional espanhol.[290]

Por outro lado, importa considerar que, se tal alternativa se revela, ao menos em princípio, possível no que tange à assistência aos necessitados, não dependendo necessariamente de uma contraprestação (como expressamente ocorre com o direito à assistência social previsto no art. 203 da CF), por evidente que também o direito ao salário mínimo (pago a quem trabalha e contribui ativamente com o Estado e a sociedade), assim como eventuais benefícios previdenciários, especialmente a aposentadoria (para quem trabalhou e contribuiu durante toda uma vida), devem corresponder às exigências da dignidade e necessidades vitais do indivíduo, de tal sorte que parece razoável exigir do legislador, por maior que seja sua liberdade de conformação, que não ultrapasse (no sentido de ficar aquém) esta clara linha fronteiriça traçada pelo Constituinte.

Analisando-se a problemática do salário mínimo, da assistência social e da aposentadoria à luz do direito à vida e do princípio da dignidade humana, poder-se-á, talvez, reformular o questionamento inicial, perguntando-se: a) quando o valor do salário mínimo (e, portanto, o da assistência social e benefícios previdenciários) inequivocamente estiver fixado aquém do limite estabelecido ao arbítrio do legislador, isto é, se for incompatível com a manutenção de uma existência que corresponda às exigências mínimas da dignidade ou, pior, se for insuficiente para a própria sobrevivência física do indivíduo e sua família, será possível a estes buscar, em Juízo, o fornecimento da diferença apurada? E como ficará a situação dos que – por desempregados ou mesmo por não terem condições de trabalhar – eventualmente não se enquadram nos pressupostos legais que autorizam a percepção de seguro-desemprego, o pagamento da assistência social ou outros benefícios previdenciários? Ser-lhes-á imposta a mendicância? Ainda que a mendicância possa ser (como, lamentavelmente, o é), para muitos, um meio de prover o sustento, é tal condição conforme ao princípio da dignidade da pessoa humana? Desde logo, parece-nos que não.

No entanto, essas e outras tantas questões que poderiam ser formuladas nesse contexto apenas ressaltam a dimensão do problema, que evidentemente é de difícil equacionamento, já que, por mais vital que seja a prestação, tal circunstância não tem o condão de contornar, por si só, o limite fático imposto pela ausência de recursos. Em outros termos, como já se questionou há tempos, de que modo buscar algo onde nada há?[291] Ademais, remanesce – aqui também – a problemática relativa à alegada incompetência dos juízes e tribunais quanto à destinação de recursos públicos, isto sem falar na colisão com outros direitos e/ou valores constitucionais fundamentais, tais como o princípio da isonomia. De qualquer modo, cumpre ressaltar que mais adiante voltaremos a enfrentar tais aspectos, ocasião na qual teremos oportunidade

[290] Ainda que não se trate do reconhecimento de um direito a prestações propriamente dito, o Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença nº 113/1989, entendeu que "Es incompatible con la dignidad de la persona el que la efectividad de los derechos patrimoniales se leve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. Se justifica así, junto a otras consideraciones, la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a la ejecución de las sentencias firmes." (*in*: F. R. Llorente (Org.), *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, p. 73).

[291] Cf. H. H. Rupp, *in: JZ 1971*, p. 402.

de nos posicionar, de forma conclusiva, sobre o problema dos direitos subjetivos a prestações, anunciando, por ora, que vislumbramos algumas saídas, em que pesem as limitações referidas.

Antes de seguirmos, contudo, com uma sumária análise de alguns exemplos, para, mais adiante, retomarmos então, com maior desenvolvimento, a discussão sobre a exigibilidade dos direitos a prestações, em especial os direitos a prestações fáticas (onde assumem posição de destaque os direitos sociais), é preciso deixar assentadas, ainda que esquematicamente, algumas questões. É preciso que se tenha presente que o mínimo existencial, ou seja, o conjunto de prestações indispensáveis para assegurá-lo (e, portanto, também o conjunto de prestações que há de ser negativamente tutelado) não pode ser reduzido a um objeto fixo, muito menos a um valor pecuniário determinado, visto que dependente de um conjunto de fatores, inclusive ligados às condições pessoais de cada indivíduo, além de componentes de ordem social, econômica e cultural, isto sem falar na necessidade de referenciar o mínimo existencial aos direitos fundamentais em espécie onde assume relevância. Já por isso, embora, em princípio, os direitos vinculados ao mínimo existencial possam, como mais tarde se verá, ser compreendidos como direitos subjetivos definitivos (no sentido de gerarem um dever exigível de assegurar as prestações), isto não significa, consoante, aliás, tentamos deixar evidenciado, que se cuida de direitos absolutos, no sentido de absolutamente infensos a qualquer contextualização e mesmo restrição, inclusive em face dos impactos da reserva do possível.[292] De outra parte, o mínimo existencial deve ser diferenciado do mero mínimo vital, abrangendo, nesta perspectiva, tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado a garantia da sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, ainda que na esfera deste, se revele mais necessária uma cautela na determinação do objeto das respectivas prestações.

Assim, verifica-se que o direito-garantia do mínimo existencial, ainda mais em relação a direitos sociais específicos consagrados nas constituições, assume o significado de uma cláusula aberta, sendo ela própria, aliás, pelo menos na maioria das ordens jurídicas, enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos. Apenas em caráter ilustrativo (volta-se a enfatizar!), dizem respeito ao mínimo existencial, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação e mesmo o lazer,[293] o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica[294] (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima

[292] Assim, nesse particular equivocada a interpretação, a respeito da nossa posição, efetuada por D. Sarmento, "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", *in*: C.P. Souza Neto; D. Sarmento, *Direitos Sociais*, op. cit., p. 573 e ss. (especialmente p. 578, onde expressa a discordância), embora a substancial convergência quanto à necessária flexibilidade no que diz com o objeto do mínimo existencial e sua necessária contextualização.

[293] Cf., entre nós, confira-se, entre outros, A. Beurlen, "O Estado brasileiro e seu dever de realizar o direito social à alimentação", *in*: F. F. Scaff (Org.), *Constitucionalismo, tributação e direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 189-222, bem como, por último, M. da Silva Nunes, *O direito fundamental à alimentação e o Princípio da Segurança*, São Paulo: Elsevier, 2008, relacionando o direito à alimentação em especial ao direito à saúde. A respeito do direito ao lazer, v. por último, S. T. Cardoso, "Existe saúde sem levar o lazer a sério? Interfaces entre o direito ao lazer e o direito à saúde", *in*: L. T. Zavascki e M. F. Jobim (Orgs.). *Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 225-238.

[294] Sobre a prestação de serviço público essencial como direito fundamental v., por todos, R. G. Leal, *Considerações e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 135 ess.

garantida[295] (que, por sua vez, desde que assegurada uma cobertura completa, pode ser substituído pelos direitos à assistência social, salário mínimo e previdência).[296]

Muito embora amplamente reconhecida a relação entre o assim chamado mínimo existencial com os direitos fundamentais sociais, importa sublinhar que comungamos do ponto de vista de que *os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial (ou à dignidade humana)*, conquanto as dimensões que densificam o mínimo existencial certamente guardem (maior ou menor) relação com o núcleo essencial de grande parte dos direitos sociais, ainda mais se consideradas as peculiaridades e a extensão com que foram positivados pela Constituição de 1988. Em síntese, embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais.[297] Aliás, aplica-se aqui (embora as peculiaridades dos direitos sociais) linha de argumentação similar a que se utiliza para a relação da dignidade da pessoa humana com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: ambos guardam maior ou menor relação (por vezes nenhuma!), mas não se confundem.

Aspecto digno de nota, nesse contexto, diz respeito ao questionamento de se a existência, no âmbito da Constituição, de um extenso catálogo de direitos sociais em espécie, que, em geral, cobre o conteúdo que usualmente se atribui ao mínimo existencial (ainda mais, quando se trata de uma compreensão ampliada, na perspectiva de um mínimo existencial que abrange a dimensão sociocultural), não torna esse último desnecessário, pelo menos, no sentido de um direito social autônomo, deduzido do regime e dos princípios, assim como dos direitos fundamentais sociais expressamente positivados. Não se pode olvidar, nesse contexto, que na Alemanha, onde o mínimo existencial foi objeto de construção e desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, os direitos sociais não foram contemplados no texto da Lei Fundamental, o que apenas serve para realçar ainda mais o questionamento. A resposta a tal pergunta, embora aqui não possa ser aprofundada, pode ser formulada nos seguintes termos e desdobrada em dois argumentos principais: por um lado, assim como a dignidade da pessoa humana não se torna desnecessária e não deixa de ter autonomia em função da positivação de um extenso catálogo de direitos fundamentais, também *o mínimo existencial, que, como visto, convive, mas não se confunde, com os direitos sociais, não perde sua possível autonomia na arquitetura constitucional.*

Nesse contexto, cabe referir o alerta de J. J. Gomes Canotilho, no sentido de que a identificação entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos sociais poderia implicar um esvaziamento não apenas dos direitos sociais, mas também dos

[295] Sobre o direito a uma renda básica, v., entre outros, a coletânea organizada por G. Pisarello e A. de Cabo de la Vega, La renta básica como nuevo derecho ciudadano, Madrid: Trotta, 2006.

[296] Bem enquadrando o acesso à justiça no conteúdo do mínimo existencial, v., entre nós, A.P. Barcellos, *A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247 e ss.

[297] Acompanhando o entendimento, v. no mesmo sentido e com argumentos adicionais, M. C. H. Leal e I. Bolesina, "Mínimo Existencial versus Mínimo Vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle judicial de políticas públicas", R. Alexy e outros (Org.), *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Civis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013, p. 543-584.

demais direitos fundamentais.[298] Além disso, a noção de um mínimo existencial pode servir (e tem servido) de parâmetro para definir o alcance do objeto dos direitos sociais, inclusive para a determinação de seu conteúdo exigível, fornecendo, portanto, critérios materiais importantes para o intérprete e para o processo de concretização dos direitos sociais. De qualquer modo, percebe-se *que a relação entre o mínimo existencial (como, aliás, a própria noção de mínimo existencial) e os direitos sociais, exige permanente atenção e desenvolvimento* por parte da doutrina e da jurisprudência constitucional.

Já no que diz com as suas funções no contexto dos direitos fundamentais, o direito (e garantia) ao mínimo existencial, funciona, numa primeira perspectiva, de resto a mais desenvolvida na esfera jurídico-constitucional, especialmente no direito estrangeiro, na dicção de Paulo Caliendo, como "uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal ou induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo".[299] Nesse mesmo contexto, de uma função negativa (defensiva) do mínimo existencial, assume relevo a sua condição de limite material ao poder de tributar do Estado, o que tem sido objeto de reconhecimento tanto no direito brasileiro quanto no direito estrangeiro, destacando-se aqui a experiência germânica pelo seu pioneirismo nessa seara.[300]

Da mesma forma, no sentido "positivo", resulta para os órgãos estatais (e, em determinados casos, também para os particulares), a obrigação de cunho positivo de assegurar as prestações inerentes ao mínimo existencial. Já no que concerne à forma de realização do mínimo existencial, sobremodo quanto ao conteúdo das prestações materiais, a doutrina e jurisprudência estrangeiras afirmam que se trataria de incumbência precípua do legislador o estabelecimento da forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição etc., restando aos tribunais decidir sobre o padrão existencial mínimo nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legislativos, muitas vezes sob o argumento de um direito de/à igual proteção.[301] Ao mesmo tempo, consentem que a garantia de condições materiais mínimas à vida digna atua como limite à atividade legislativa conformadora, vedando, inclusive, medidas normativas aquém desta fronteira.[302]

Mas o mínimo existencial foi também objeto de recepção na *jurisprudência brasileira, destaca-se também aqui a atuação do STF*, que reconhece proteção ao mínimo existencial tanto na perspectiva de um direito de defesa, quanto no que toca

[298] Cf. J. J. Gomes Canotilho, "O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da constituição social)", *in*: J. J. Gomes Canotilho; M. O. Gonçalves Correia; É. P. Barcha Correia (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30-31.

[299] Cf. P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, São Paulo: Elsevier, 2008, p. 200 e ss.

[300] Cf. por todos G.S.Fossati, "Die sozialstaatliche und freiheitsschonende Dimension des Leistungsfähigkeitsgrundsatzes im Umsatzsteuerrecht", Frankfurt am Main: Peter Lang, 2013, especialmente p. 181 e ss.

[301] Cf., por exemplo, BREUER, R. "Grundrechte als Anspruchsnormen", *in*: *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts. München: C. H. Beck, 1978, p. 97. Também o Tribunal Federal Constitucional atribui ao legislador a competência precípua de dispor sobre o conteúdo da prestação. Nesse sentido, v. *BVerfGE* 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1). Tal concepção também se encontra nos desenvolvimentos mais recentes, como é o caso, no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, da decisão proferida em 09.02.10.

[302] Cf. o já referido *leading case* do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 40, 121 [133]).

à sua vocação prestacional. Como exemplo da primeira função, ou seja, de um direito a não afetação (não intervenção) podem ser referidas decisões relativas à proibição de confisco (atos com efeito confiscatório).[303] Por outro lado, embora não se trate da posição majoritária, importa consignar a emblemática manifestação dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Carlos Britto, quando, por ocasião do julgamento do RE 407.688-8/SP, em 08.02.2006, divergiram da maioria dos seus pares, ao sustentar que a moradia é necessidade vital do trabalhador e de sua família, cuidando-se, portanto, de direito indisponível e não sujeito à expropriação via penhora embasada em contrato de fiança.

Já no que diz respeito à assim chamada dimensão positiva (prestacional) do direito ao mínimo existencial, o STF tem consolidado o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, e, portanto, à dignidade da pessoa humana. Sem que se tenha aqui a pretensão de avaliar se e em que medida o STF tem julgado de modo uniforme e mesmo coerente tais questões, o fato é que pelo menos no que diz com o direito à saúde e o direito à educação (no caso do direito à moradia não se registra julgado assegurando um direito subjetivo à construção de uma moradia digna por parte do Estado) já são muitas as decisões reconhecendo um dever de prestação, inclusive em caráter originário, ou seja, não necessariamente dependente de prévia política pública ou previsão legal. Nesse sentido, adotando linha argumentativa similar (e em parte idêntica) a que foi esgrimida no bojo da conhecida ADF 45,[304] podem ser referidas, em caráter meramente ilustrativo, decisões que asseguram às crianças com menos de seis anos de idade o acesso gratuito a creches mantidas pelo poder público, bem como, entre outras, uma série significativa de decisões assegurando prestações na área da saúde, relativizando, em favor da vida e da dignidade, limitações de ordem organizacional, orçamentária.[305]

Versando sobre a viabilidade de reconhecer-se um direito à obtenção de prestações públicas de condições mínimas de subsistência, coloca-se a questão de saber se efetivamente existe, nesse caso, um direito subjetivo originário a prestações com a mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa, isto é, que tenha por correspondente um dever jurídico do Estado de fornecer a prestação reclamada.[306] Respondendo afirmativamente à pergunta, o conceituado publicista de Coimbra sustenta que, mesmo tendo o cidadão um direito a prestações existenciais mínimas, decorrentes do direito à vida, isto não implica, necessariamente, que disponha de um direito de ação contra o Estado, já que reconhecer um direito não significa impor ao poder público o modo de realizar este direito, porquanto os órgãos estatais dispõem de um indispensável espaço de discricionariedade, que, no entanto, não é absoluto,

[303] V., a título exemplificativo, RE 397744, Rel. min. Joaquim Barbosa, fundamentando a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, dentre outros, no exercício do direito a uma existência digna, através de atividade profissional que satisfaça necessidades vitais, cómo saúde, educação e habitação. (julgado em 15.10.2009).

[304] Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004.

[305] Cf., por exemplo, a decisão proferida no RE 573061, julgado em 28.08.2009, Relator Ministro Carlos Britto, onde estava em causa a manutenção do direito ao Programa HUCAN, que prevê acompanhamento clínico e psicológico destinado a aferir a viabilidade de cirurgia de transgenitalização de caráter terapêutico, assegurado pelas instâncias ordinárias, que restou chancelado pelo STF.

[306] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 28 e ss.

uma vez que condicionado pelo que o autor denominou de "determinantes condicionais heterónomas".[307]

Por derradeiro, aderindo à posição já referida do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha e aproximando-se da concepção de seu colega lusitano Vieira de Andrade,[308] Canotilho conclui que "o Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio".[309] Que isto se aplica a todos os exemplos abordados até o presente momento (saúde, assistência e previdência social e salário mínimo) parece-nos incontestável. Outrossim, ressaltamos – mais uma vez – que tornaremos a nos manifestar sobre o tema, oportunidade na qual acabaremos nos posicionando de forma conclusiva a respeito.

O mínimo existencial, como já sublinhado, guarda relação com outros direitos sociais, ainda que não necessariamente com todos e não da mesma forma. Por outro lado, um direito ao mínimo existencial não tem o condão de substituir os direitos sociais expressamente positivados e constantes do elenco (sem prejuízo de outros) do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, de modo que na sequência, ainda que em caráter ilustrativo, é de tais direitos que nos ocuparemos individualmente. Pela sua relevância e pelo impacto no campo da produção doutrinária e jurisprudencial, iniciamos pelo direito à saúde.

Em que pese a inequívoca relevância das posições jurídico-fundamentais ora referidas, é no âmbito do direito à saúde,[310] igualmente integrante do sistema de pro-

[307] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 32-3.

[308] Com efeito, constata-se que J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 202 e 203, após sustentar que as políticas de habitação, saúde, segurança social, educação etc., não podem estar determinadas nos textos constitucionais, implicando, sua realização, opções autônomas e específicas por parte dos órgãos politicamente legitimados e detentores da indispensável capacidade técnica, se questiona a respeito da possibilidade de, no âmbito das necessidades mínimas indispensáveis em matéria de habitação, tratamento médico e sanitário, alimentação e educação, não se deveria reconhecer um direito à sobrevivência, sujeito ao mesmo regime jurídico reforçado dos direitos de defesa.

[309] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 34. Vale frisar, contudo, que o renomado publicista de Coimbra não chegou a fazer referência, neste estudo em particular, ao papel do princípio da dignidade da pessoa humana no que diz com a definição do conteúdo do mínimo existencial (que pode também ser compreendido restritivamente como sendo um mínimo apenas vital), além de não se posicionar a respeito da circunstância de que mesmo na esfera do mínimo existencial poderá haver indisponibilidade de recursos pelo poder público, aspecto esse lembrado por Alexy, como ainda teremos ocasião de verificar.

[310] Sobre o direito à saúde, v., no plano do direito internacional e comparado, dentre outros, G. Escobar (Dir.), *Protección de la Salud*. IV Informe Sobre Derechos Humanos. Federación Iberoamericana de Ombudsman, Madrid: Trama Editorial, 2006, bem como J. Loureiro, "Direito À (Protecção Da) Saúde", *in*: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 657-692. Entre nós, no âmbito da produção monográfica mais recente, v., em caráter exemplificativo, G. Schwartz (Org.), *A saúde sob os cuidados do Direito*, Passo Fundo: UPF, 2003; C. Maranhão, *Tutela jurisdicional do direito à saúde* (arts. 83 e 84, CDC), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; M. A. Weichert, *Saúde e Federação na Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; A. De Assis (Coord.), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*, Porto Alegre: Notadez, 2007; M. F. Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde*. Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; R. A. Dias da Silva, *Direito Fundamental à Saúde. O Dilema entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível*, Belo Horizonte: Forum, 2010. F. D. Asensi, *Direito à Saúde. Práticas Sociais Reivindicatórias e sua Efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013; C. Riboli, *O Direito Fundamental à Saúde e os Limites Materiais do Estado*, Frederico Westphalen: URI, 2013; C. L. Alves, *Direito à Saúde. Efetividade e Proibição de Retrocesso Social*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013, M.O. Rocha, *Ativismo Judicial e Direito à Saúde*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. S. L. Pivetta, *Direito Fundamental à Saúde*. São Paulo: RT, 2014. M. F. Figueiredo, *Direito à Saúde*, 5ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

teção da seguridade social (juntamente com a previdência e a assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana.[311] Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.

Em face do exposto, já se vislumbra a razão pela qual, precisamente no caso do direito à saúde, merece tanto destaque a circunstância – comum, em termos gerais (mas com significativas variações) a outros direitos fundamentais (como é o caso da moradia, ambiente, dentre tantos) – tão bem lembrada por João Loureiro, no sentido de que a saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, apresentando, de tal sorte, "zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas", como é o caso da vida, integridade física e psíquica, privacidade, educação, ambiente, moradia, alimentação, trabalho, dentre outras.[312]

Consagrado no art. 6º de nossa Constituição, foi nos arts. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com destaque para as leis que dispõe sobre a organização e benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos.[313] Mesmo assim, basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito, quanto diante de normas de cunho programático (impositivo),[314] enunciando (no art. 196) que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a

[311] Valemo-nos, aqui, da ideia de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, com a ressalva de que esse conceituado autor utiliza (diga-se, de passagem, oportunamente) a expressão direito a ter direitos relativamente à cidadania. Entendemos, todavia, que é relativamente ao direito à vida que a expressão revela uma ainda maior pertinência. Para o Tribunal Constitucional Espanhol (STC 53/1985), "El derecho a la vida reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional – la vida humana – y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible." (citado por F. R. Llorente (Org.), *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, p. 140-1).

[312] Cf. J. Loureiro, "Direito à (protecção da) saúde", *in: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 660 e ss. (especialmente p. 666).

[313] Para um quadro panorâmico, embora sumário, do sistema de proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira, na perspectiva dos direitos fundamentais, v., por último, I. W. Sarlet e M. F. Figueiredo, "Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988", *in: Revista de Direito do Consumidor* nº 67, 2008, p. 125 e ss.

[314] Para espancar, desde logo, qualquer dúvida a respeito de nossa posição, convém destacar que ao admitirmos um caráter programático das disposições constitucionais a respeito da saúde, não estamos com isso renunciando à possibilidade de – para além desta dimensão programática – reconhecer também normas que outorgam direitos subjetivos, inclusive de cunho prestacional, como ainda teremos oportunidade de demonstrar.

de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera). Num segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde (art. 200).

A primeira dificuldade com a qual nos deparamos na tarefa de averiguar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestações na área da saúde reside, portanto, na forma pela qual o direito à saúde (a exemplo da maior parte dos direitos sociais prestacionais) foi consagrado pelo Constituinte. Além disso, a exemplo dos demais direitos sociais de cunho positivo, também o direito à saúde tem sido considerado (entre nós e no direito comparado, muito embora e felizmente, cada vez menos) como dependente de intermediação legislativa, de tal sorte que não são poucos os que lhe negam a sua plenitude eficacial.[315]

Outro aspecto que merece ser destacado diz com o conteúdo de um direito subjetivo nesta esfera, já que o leque de necessidades é de tal forma amplo, que dificilmente poderá ser abrangido por qualquer normatização constitucional ou infraconstitucional. Além disso, assume relevo (também aqui) o questionamento a respeito do limite da prestação reclamada do particular perante o Estado. Em outras palavras, cuida-se de saber se os poderes públicos são devedores de um atendimento global (toda e qualquer prestação na área da saúde) e, independentemente deste aspecto, qual o nível dos serviços a serem prestados. Em suma, pergunta-se se o particular (qualquer um ou apenas os que comprovarem carência de recursos para manutenção de um plano de saúde privado?) poderá ter acesso, por exemplo, além dos serviços essenciais na esfera médica, a atendimento odontológico, psicológico, serviços de fisioterapia etc. Ademais, será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficientes, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito a serviços gratuitos da melhor qualidade (equipamento de última geração, quarto privativo em hospitais etc.)? Cuida-se, também nesse particular, do clássico dilema do Estado social no que concerne às suas funções precípuas, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades (ajuda para a autoajuda) ou se deve (a despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo) almejar um padrão ótimo nesta seara.[316]

Pela sua relevância sob o aspecto de garantia do próprio direito à vida, poder-se-á ter como certo que o direito à saúde, ainda que não tivesse sido reconhecido expressamente pelo Constituinte, assumiria a feição de direito fundamental implícito, a exemplo, aliás, do que ocorre em outras ordens constitucionais, como é o caso

[315] No âmbito do direito comparado, merece referência o exemplo da França, onde o direito à proteção da saúde (*droit à la protection de la santé*) foi consagrado expressamente no Preâmbulo da Constituição de 1946, tendo sido, contudo, considerado – ao menos por parte da doutrina majoritária – como direito carente de legislação infraconstitucional, não implicando, portanto, a possibilidade dos particulares de exigirem diretamente as prestações nesta seara. Nesse sentido, v., dentre outros, J. Morange, *Droits de L'homme e Libertés Publiques*, p. 208.

[316] Sobre o tema, v. especialmente, entre nós, M. F. Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 188 e ss.

da Argentina, ao menos segundo parte da doutrina,[317] e da Alemanha.[318] Todavia, tal constatação, além de igualmente não resolver o dilema relativo ao conteúdo e ao alcance do direito à saúde, continua deixando sem resposta a indagação a respeito da possibilidade de reconhecer-se (ou não) um direito subjetivo individual a prestações nesta seara.

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que essa solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu – evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea *a*).

Cumpre relembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. Muito embora se reconheça que a invocação do exemplo da pena de morte possa soar exagerado, o que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.[319]

Considerando o exposto, convém registrar que se a posição adotada é, de fato, em prol do reconhecimento, no caso concreto e a depender das circunstâncias, até mesmo de um direito originário a prestações na esfera da saúde, não se está a chancelar aqui, nem a ideia de que o direito a saúde seja um direito a "qualquer coisa", nem a tese da gratuidade absoluta dos serviços públicos de saúde, no sentido de uma impossibilidade de qualquer tipo de cobrança pelo uso do sistema público de saúde,

[317] Ao menos essa a referência de N. P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, vol. 2, p. 48. Assim também J. Miller/M. A. Gelli/S. Cayuso, *Constitución y Derechos Humanos*, vol. 1, p. 182 e ss.

[318] Essa a tese desenvolvida na obra de O. Seewald, *Gesundheit als Grundrecht*, 1982.

[319] Nesta mesma linha situa-se o posicionamento de G. Schwartz, *Direito à Saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica*, especialmente p. 56 e ss., desenvolvendo o ponto e sustentando, em síntese, que a saúde é direito fundamental subjetivo de cada pessoa humana. A respeito do tema, apontando para a dupla dimensão negativa e positiva também do direito à saúde, v. o nosso "Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988", *in: Revista* IP nº 12 (2001), p. 91 e ss. (especialmente p. 97 e ss.), explorando a ideia de que o direito à saúde possui uma dupla dimensão positiva e negativa, abrangendo um complexo de direitos subjetivos de caráter defensivo e prestacional. No mesmo sentido, versando justamente sobre o exemplo do direito à saúde, v. o já citado C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, p. 53 e ss. Inserindo o direito à saúde no contexto da sociedade de risco e priorizando uma perspectiva sistêmica, v. a obra de G. Schwartz. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

já que, ao contrário do que pretende expressiva doutrina,[320] não há como deduzir do princípio da universalidade do acesso um princípio da gratuidade do acesso, visto que acesso igualitário e universal (como expressamente enuncia o art. 196 da CF) não se confunde – pelo menos não necessariamente – com um acesso totalmente gratuito.

Em primeiro plano, a garantia do direito à saúde para todos (universalidade) e em igualdade de condições (acesso igualitário) não se identifica com os benefícios no âmbito da assistência social (esta sim, prestação completamente desvinculada de qualquer contraprestação específica por parte do beneficiário, nos termos expressos pela CF). Além disso, o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde. Considerando que a própria Constituição autoriza a existência de sistemas privados de prestação de serviços de saúde (pagos diretamente pelas pessoas que a estes sistemas resolvem aderir), já se vislumbra que a gratuidade em qualquer caso se revela como questionável, havendo aspectos a serem repensados.[321]

De outra parte, não se poderá olvidar que o princípio da proporcionalidade também opera nesta esfera e que não se afigura como proporcional (e até mesmo razoável) que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado (sem o comprometimento de um padrão digno de vida para si e sua família, e sem prejuízo, portanto, do acesso a outros bens fundamentais como educação, moradia etc.) possa acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição, o sistema público de saúde nas mesmas condições que alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal. O simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade.

Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual aos desiguais) – compreendido, por óbvio, na sua perspectiva substancial – e o princípio da proporcionalidade, operante não apenas pelo prisma do Estado e da sociedade, mas também pelo prisma do indivíduo (no sentido daquilo que este pode esperar do Estado), revela que no mínimo o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui a regra no direito comparado) merece ser cada vez mais discutido, como, de resto, já vem ocorrendo em parte da doutrina e até mesmo na esfera jurisprudencial.[322] Nessa perspectiva, vale lembrar que no concernente ao fornecimento

[320] Nesse sentido, v., dentre outros, o entendimento de M. A. Weichert, *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, p. 161 e ss.

[321] Desenvolvendo o ponto, v. M. F. Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde*, p. 165 e ss. Por último v. I. W. Sarlet e M. F. Figueiredo, "Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações", *in*: *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, Ano 1 – nº 1 – out./dez., 2007, p. 201 e ss.

[322] Precisamente explorando o problema dos critérios utilizados em demandas judiciais e enfocando, entre outros pontos, a perspectiva vinculada à justiça distributiva e aos efeitos das decisões judiciais que privilegiam o interesse individual de quem logra obter do Estado, por força de decisão judicial, uma prestação, em possível detrimento dos demais indivíduos, J. R. L. Lopes, *Direitos Sociais. Teoria e Prática*, São Paulo: Método, 2006, p. 221 e ss., em

de medicamentos pelo poder público (embora não se cuide de matéria afeta ao SUS) a própria legislação – que, à evidência, sempre poderá ser questionada quanto à sua legitimidade constitucional – já exige a prova prévia da carência (no sentido socioeconômico) por parte do cidadão, como pressuposto para a concessão da prestação almejada, como dá conta, no plano estadual, a Lei nº 9.908, de 16.06.93, do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais àqueles que demonstrarem a insuficiência de recursos para aquisição dos medicamentos.[323] Além disso, importa registrar que o tópico ora problematizado – que diz com a legitimidade para pleitear em face do Estado uma prestação de natureza social, na condição de direito subjetivo positivo – assume relevo também no caso de outros direitos sociais, como é o caso da assistência social – que independe de uma direta contraprestação do beneficiário e do direito ao ensino público gratuito, apenas para ficar nos exemplos mais corriqueiros.

Ainda no concernente à questão da gratuidade das prestações sociais, não se desconhece a objeção de Flávio Galdino, no sentido de que inexiste, de fato, "direito gratuito",[324] já que – consoante, de resto, assumido também nesta obra – todos os direitos fundamentais possuem um custo. Todavia, se é verdade que não existe direito propriamente gratuito (já que toda e qualquer prestação de natureza pública – mesmo fornecida por delegação – pressupõe o financiamento pela sociedade), isso não significa que se haverá de impor um ônus direto e específico a todo aquele que pretender usufruir uma prestação, pena de uma negativa de prestação, até mesmo pelo fato de que, em regra, terá havido contraprestação pessoal (no mínimo por meio de tributos indiretos) ou, à luz do princípio da solidariedade (e da distribuição proporcional dos benefícios e encargos), um financiamento por parte de terceiros, o que nos remete ao tema correlato da justiça fiscal e do modo de financiamento do sistema de prestações sociais e, portanto, em larga medida, dos direitos sociais, temática que refoge aos limites da presente investigação.[325]

No âmbito do direito à saúde, a promulgação da Emenda Constitucional nº 29, dispondo, dentre outros aspectos, sobre o financiamento do sistema de saúde e a acirrada querela em torno de sua regulamentação pelo Congresso Nacional, asseguram uma particular relevância ao problema do custo dos direitos e do impacto da omissão estatal (e proteção insuficiente de direitos fundamentais) nessa seara, o que pode ser ilustrado mediante a reiterada prática de investir menos do que o necessário e exigível, mesmo do ponto de vista constitucional, na realização do direito à saúde.[326] De qualquer sorte, saudável a preocupação do autor – também compartilhada *neste*

instigante ensaio, refere, com propriedade (ainda que não se concorde, em toda extensão, com seus argumentos) a necessidade de investir mais nesses aspectos da discussão.

[323] Na doutrina, v. M. F. Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde*, p. 170 e ss. No mesmo sentido, v. G. B. N. Azem, "Direito à Saúde e Comprovação da Hipossuficiência", *in*: A. de Assis (coord.), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*, Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 13 e ss., discutindo especialmente o problema no que diz com o acesso à prestação jurisdicional no âmbito do direito à saúde.

[324] Cf. F. Galdino, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, especialmente p. 283 e ss.

[325] Sobre o ponto, v., por último, no âmbito da produção monográfica nacional, o notável contributo de P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, São Paulo: Elsevier, 2008, em especial os capítulos 2 a 4.

[326] Sobre o tópico, v., por todos, É. G. Pinto, *Financiamento de Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, especialmente p. 372 e ss., bem como, em perspectiva mais voltada ao caráter vinculativo do orçamento, E. B. F. Mendonça, *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, especialmente p. 257 e ss.

ponto – com a eficiente e proba prestação estatal e com a necessidade de maximizar os recursos para melhor atender às necessidades da população.

Outro ponto crucial vinculado ao direito à saúde (mas também a outras prestações na esfera do que se pode designar de um mínimo existencial) é o do fornecimento de bens e serviços essenciais pelo poder público ou por sua delegação, como é o caso do saneamento básico (incluindo especialmente o acesso às fontes de água potável[327]) e do fornecimento de energia elétrica, de resto, crucial ponto de contato entre o Direito Público e Privado, do que dá conta especialmente a inserção da matéria no Código de Defesa do Consumidor.[328] Que se cuida de prestações indispensáveis para qualquer pessoa resulta inquestionável, de tal sorte que não se deveria, em princípio, questionar que se está diante de bens jusfundamentais assegurados direta ou indiretamente pela ordem constitucional. De outra parte, também no que diz com tal tipo de prestações assumem relevo as objeções já apontadas em relação à eficácia dos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações e, portanto, sua exigibilidade judicial, o que inclui o igualmente referido problema da gratuidade destas prestações e da garantia (como ocorre no caso de vários medicamentos e serviços na área de saúde) da sua continuidade, por mais que se trate de prestações que envolvem uma contraprestação por parte do beneficiário.

Nesse contexto, ainda que tal matéria envolva ponderações similares ou, pelo menos e em parte, conexas aos direitos sociais prestacionais de um modo geral e que ainda serão examinadas nesta obra, vale destacar aqui a existência de uma série de decisões dos Tribunais nacionais assegurando a continuidade das prestações (notadamente água e energia elétrica) mesmo em caso de inadimplência, quando comprovada a real necessidade do serviço (prestação) assim como a efetiva carência de recursos, sempre demandando um exame à luz das circunstâncias do caso concreto,[329] portanto, uma ponderação, o que, de resto, se aplica – de modo geral – às demais hipóteses nas quais cuida de decidir sobre a efetivação de direitos fundamentais, consoante será desenvolvido mais adiante. Outrossim, também nessa esfera (da prestação de serviços públicos essenciais) se revela necessária a discussão da eficiência da prestação, do controle (legislativo, administrativo, judicial e social) das entidades e agentes encarregados da prestação, entre outros aspectos que poderiam ser destacados, alcança ares de obviedade e aqui, dadas as limitações do capítulo, não será objeto de aprofundamento.

A despeito das considerações já referidas (e de mais adiante voltarmos ao tema da exigibilidade dos direitos sociais numa perspectiva mais ampla), quanto ao direito

[327] Sobre o tema, v., em especial, a contribuição de K. S. Demoliner, *Água e Saneamento Básico*. Regimes jurídicos e marcos regulatórios no direito brasileiro, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[328] Sobre o direito do consumidor como direito fundamental v., dentre outros, o belo ensaio de B. N. B. Miragem, "O Direito do Consumidor como Direito Fundamental – Conseqüências Jurídicas de um Conceito", *in*: *Revista de Direito do Consumidor* nº 43, p. 111-132.

[329] Nesse sentido, dentre tantos, v. o Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo de Instrumento nº 478.911 – RJ, julgado em 16.05.2003 (Relator Ministro Luiz Fux), assim como a recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida pela 21ª Câmara Cível, Relator Desembargador Francisco Moesch, julgado em 26.10.05 (processo 70011351848) , que manteve decisão exarada na primeira Instância, concedendo tutela antecipada em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público, determinando o restabelecimento do fornecimento de energia elétrica para família com criança carente de cuidados especiais. No caso, não se tratava de inadimplência por parte do beneficiário, mas no não atendimento, no prazo sinalado pela CEEE (Companhia Estadual de Energia Elétrica) de adequação nas instalações da rede elétrica, motivada, na hipótese, por falta de recursos para promover as alterações.

à saúde e sua exigibilidade pela via judicial, importa frisar, que, após uma postura inicial mais contida, mesmo os Tribunais Superiores, com destaque aqui para o Supremo Tribunal Federal, passaram a reconhecer a saúde como direito subjetivo (e fundamental) exigível em Juízo, e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático.[330] Embora o Brasil, juntamente com a Colômbia e alguns outros países, ocupe seguramente uma posição de destaque no que diz com o número e a diversidade de ações judiciais na área do direito à saúde e mesmo em termos do número de condenações impostas ao poder público, a assim chamada "judicialização da saúde" representa fenômeno em escala mundial, o que convém seja registrado, ainda que aqui não se possa adentrar o exame de outras experiências nessa seara.[331]

Não sendo o caso aqui de apresentar um inventário minucioso da jurisprudência do STF sobre o direito à saúde (e o sistema de saúde como um todo), aproveitamos, contudo, para referir, em caráter ilustrativo, mas representativo da orientação atualmente prevalente, o julgamento da STA 175, em março de 2010. Nesse caso, embora não se tenha tratado de decisão final, já que proferido em sede de suspensão de tutela antecipada, confirmando decisão precária das instâncias ordinárias, foram revisitados, agregados e sistematizados importantes argumentos e critérios no que diz com a exigibilidade do direito à saúde como direito subjetivo. Em síntese, podem ser destacados os seguintes pontos:

a) O direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional individual, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (cuidando-se de direito individual indisponível);

b) A responsabilidade do Estado é solidária, abrangendo todos os entes da Federação;

c) Embora em regra o objeto do direito à saúde deva ser estabelecido pelos órgãos politicamente legitimados (Legislativo e Executivo), no sentido de que aos

[330] Considerando o grande número de decisões envolvendo o direito à saúde, limitamo-nos aqui a referir a posição inicialmente prevalente no Superior Tribunal de Justiça, representada por Acórdão da lavra do Ministro Demócrito Reinaldo (ROMS nº 6564/RS, publicado no DJU em 17.06.96) considerando o direito à saúde como veiculado em norma meramente programática, que não confere aos beneficiários um direito subjetivo, visto que protetivas apenas de um interesse de cunho geral. Mais recentemente, contudo, houve um significativo e saudável (para utilizar um termo apropriado ao tema) redirecionamento das decisões. Assim, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, colacionamos Acórdão relatado pelo Ministro José Delgado (ROMS nº 11.183/PR, publicado no DJU em 04/09/2000), reconhecendo um direito "líquido e certo" à saúde e chancelando a decisão das Instâncias ordinárias que impuseram, via mandado de segurança, o fornecimento pelo poder público de medicamento para esclerose lateral amiotrófica. Da mesma forma, cumpre destacar a decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicada no DJU em 24.11.2000), onde restou consignado – igualmente em hipótese que versava sobre o fornecimento de medicamentos pelo estado (no caso, para paciente portador com HIV) que a saúde é direito público subjetivo não podendo ser reduzida à "promessa constitucional inconseqüente". No âmbito da jurisprudência do STF, indispensável referir a decisão na STA 175/CE, julgada em março de 2010, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, cuja orientação, em termos gerais, ainda tem sido aplicada.

[331] Para maior desenvolvimento, v. Alicia Ely Yamim e Siri Gloppen (Ed.), *Litigating Health Rights*. Can Courts bring more justice to health? Cambridge: Harvard University Press, 2010, contendo ensaios sobre a Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, India e África do Sul. Especificamente sobre o caso do Brasil, v., dentre tantos, António José Avelãs Nunes e Fernando Facury Scaff, *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 (adotando postura mais restritiva) e o texto resultante da consolidação e avaliação dos dados obtidos em pesquisa realizada no âmbito de Edital lançado pelo Ministério da Justiça e Secretaria de Reforma do Judiciário, em parceria com o Observatório da Justiça Brasileira e o Centro de Estudos Sociais América Latina, coordenada por Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (*Democracia-Separação de Poderes. Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário Brasileiro. Observatório do Direito à Saúde*, Belo Horizonte, 2011, 91p.

cidadãos é assegurado um acesso igualitário e universal às prestações disponibilizadas pelo SUS, em caráter excepcional, notadamente quando em causa o direito à vida com dignidade, o Estado tem o dever de disponibilizar os bens e serviços correspondentes;

d) A desproporcional afetação do sistema de saúde e comprometimento da ordem pública (inclusive das diversas dimensões da reserva do possível) deve ser demonstrada pelo poder público;

e) Há que distinguir entre medicamento novo e experimental, no sentido de que novo é o medicamento já liberado para comercialização e devidamente testado no país de origem, ao passo que medicamentos experimentais são os que ainda se encontram em fase de testes (protocolos de pesquisa) e não liberados para venda. A partir de tal distinção, o STF entendeu que o medicamento novo, ainda que não tenha sido aprovado pela ANVISA ou inserido na lista pelas autoridades da área da saúde nacionais, poderá, em caráter excepcional (v. item "c", supra), ser concedido mediante ação judicial, vedada, todavia, a imposição do fornecimento de medicamento experimental, até mesmo pelo fato de não haver certeza quanto a segurança para o próprio autor da demanda.

Os critérios referidos, consoante já sinalizado, não esgotam os referenciais que podem ser detectados na esfera das decisões judiciais no Brasil, além de não serem excludentes de outros parâmetros propostos na esfera doutrinária, para o que se remete às demais considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos a prestações, sejam elas precedentes, sejam elas posteriores, quando se fará uma avaliação geral do tópico.[332] Por outro lado, é no campo do direito à saúde, em função da natureza do próprio direito e de sua relevância para a vida e dignidade humana, mas especialmente em virtude do impacto das decisões sobre o sistema de políticas públicas e o orçamento público (sem prejuízo de outros aspectos de relevo), que se verifica ser mais aguda a controvérsia em torno exigibilidade dos direitos sociais e de sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, notadamente quanto aos efeitos jurídicos que dela decorrem.

Muito embora aqui não tenhamos a intenção de desenvolver o ponto, que foi objeto de estudos específicos,[333] não há como deixar de incluir algumas referências ao direito à moradia, recentemente incorporado ao rol de direitos fundamentais sociais da nossa Constituição por meio de emenda constitucional.[334] Desde logo convém destacar que a despeito de sua recente inserção no elenco do artigo 6º da nossa Lei Fundamental, o direito à moradia (ou, pelo menos, a moradia como bem constitucionalmente reconhecido) não era estranho mesmo ao direito constitucional positivo pátrio, bastando aqui uma breve referência ao artigo 7º, inc. IV (que definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, incluindo a moradia), entre outros dispositivos que poderiam ser

[332] Nesse sentido vale lembrar que tais critérios estão sendo discutidos no STF no âmbito de diversos processos, com destaque para duas Repercussões Gerais reconhecidas nos REs 566471 e 657718.

[333] Cf. o nosso "O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia", *in*: J. A. L. Sampaio (Org.), *Crise e Desafios da Constituição*, p. 415-466, bem como, por último, o também nosso "A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): Análise Crítica à Luz de Alguns Exemplos", *in*: C. P. Souza Neto; D. Sarmento (Coord.) *Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1019-1049.

[334] Emenda Constitucional nº 26, de 14.02.2000.

citados.[335] De qualquer modo, tendo em conta a circunstância de que a moradia (como, de resto, já anunciado pelo próprio Constituinte no dispositivo versando sobre o salário-mínimo) guarda conexão direta com as necessidades vitais da pessoa humana, e, por conseguinte, também com as condições materiais básicas para uma vida com dignidade, já se poderia, a exemplo do que fez o Conselho Constitucional da França,[336] partir da premissa de que a nossa ordem constitucional vigente já consagrava um direito fundamental implícito à moradia. Por seu caráter existencial[337] e expressão do próprio direito à vida, o direito à moradia ocupa lugar similar ao direito à alimentação, e, portanto, integra aquilo que na esfera internacional tem sido designado de um direito a um adequado padrão de vida.[338]

No concernente ao seu conteúdo, impõe-se o registro de que o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade (e do direito à propriedade). Muito embora a evidência de que a propriedade também possa servir de moradia ao titular e que, para além disso, a moradia (na condição de manifestação da posse) acaba, por expressa previsão constitucional e em determinadas circunstâncias, assumindo a condição de pressuposto para a aquisição da propriedade (como ocorre no usucapião constitucional), atuando, ainda, como elemento indicativo do cumprimento da função social da propriedade e da posse,[339] o direito à moradia, convém frisá-lo, é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios.[340] Como direito autônomo, a definição do conteúdo (objeto) do direito à moradia não pode, de modo especial por força de sua vinculação à dignidade da pessoa humana, prescindir de parâmetros qualitativos mínimos para uma vida saudável, de tal sorte que, a despeito da omissão do Constituinte quanto a esse aspecto, não se poderá dispensar tanto uma concretização legislativa e jurisprudencial, quanto o recurso aos parâmetros já definidos no âmbito da proteção internacional dos direitos sociais, econômicos e culturais (para utilizar aqui a expressão corrente na doutrina e direito internacional positivo). Tais referenciais atuam pelo menos (o que, caso bem aproveitado, não é pouco) como elementos materiais que direcionam os órgãos estatais de cada País. Entre os critérios estabelecidos pela Comissão competente da ONU, destacam-se a segurança jurídica

[335] Nesse contexto, lembrem-se os artigos 24, inc. IX, 183 e 191, todos da Constituição de 1988.

[336] Cf. decisão nº 94.359, de 19.01.1995, onde, todavia – em homenagem à precisão – não se encontra referência expressa e direta a um direito fundamental à moradia, mas sim, o reconhecimento de que a possibilidade de dispor de um alojamento decente constitui um objetivo de valor constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana, o que não desqualifica o exemplo, pelo menos no sentido de demonstrar as possibilidades criativas no âmbito do desenvolvimento jurisdicional do direito constitucional.

[337] Cf., por todos, enfatizando o caráter existencial do direito à moradia, J. R. de L. Lopes, Cidadania e Propriedade: Perspectiva Histórica do Direito à Moradia. *Revista de Direito Alternativo*, p. 121 e ss, 1993; S. S. da Cunha, Direito à Moradia. *Revista de Informação Legislativa*, n. 127, p. 49 e ss, 1995; R. G. C. Viana, O Direito à Moradia. *Revista de Direito Privado*, p. 9 e ss, abr./jun. 2000, destaca a vinculação do direito à moradia com o direito à vida e uma existência digna. No âmbito da produção monográfica nacional mais recente, v. L. G. Nolasco, *Direito Fundamental à Moradia*, São Paulo: Editora Pillares, 2008, bem como E. A. Pagani, *O Direito de Propriedade e o Direito à Moradia*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 93 e ss.

[338] Cf., dentre tantos, M. Craven, *The international covenant on economic, social and cultural rights – a perspective on its development*, p. 330. Entre nós, destaca-se a contribuição de J. T. Alfonsin, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*, especialmente p. 65 e ss, explorando a noção de necessidades básicas como fundamento dos direitos à moradia e à alimentação.

[339] Sobre a posse e a moradia v., entre nós, a recente contribuição de M. A. A. Torres, *A Propriedade e a Posse. Um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, especialmente p. 394 e ss.

[340] Sobre o ponto, v. o nosso. "O Direito Fundamental à Moradia, na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia", *in*: J. A. Sampaio (org.) *Crise e Desafios da Constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 415 e ss.

para a posse, a disponibilidade de uma infra-estrutura básica a garantir condições saudáveis de habitabilidade, o acesso a outros serviços sociais essenciais e o respeito à identidade e diversidade cultural da população.[341]

Ademais, também o direito à moradia reveste-se da complexidade peculiar dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais, já que abrange um conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, assim como assume uma dupla feição defensiva e prestacional.[342] Na sua condição como direito de defesa (negativo) a moradia encontra-se protegida contra a violação por parte do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa a não ser privada de uma moradia digna, inclusive para efeitos de uma proibição de retrocesso, que será tratada no último segmento desta obra. Nesse contexto, destaca-se a legislação que proíbe a penhora do chamado bem de família, como tal considerado o imóvel que serve de moradia ao devedor e sua família (Lei nº 8.009/90, art. 3º), a respeito das quais existem inúmeras decisões judiciais, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, das quais boa parte favorável à proteção do direito à moradia,[343] muito embora a evolução recente quanto a caso da penhora do imóvel do fiador. Nessa seara, apesar da tendência anterior, no sentido da inconstitucionalidade da previsão legal que permite a penhora do imóvel do fiador em contratos de locação, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de fevereiro de 2006, reconheceu a compatibilidade da penhora com a salvaguarda do direito à moradia, afirmando a necessidade de assegurar-se o acesso à moradia por meio da oferta de imóveis para serem alugados, mesmo que se venha a penhorar o único imóvel do fiador, ainda mais quando esse tenha dado livremente o bem em garantia.[344]

As críticas que se podem tecer à decisão foram em boa parte formuladas nos votos divergentes, onde se apontou para a violação da dignidade da pessoa humana e mesmo quebra de isonomia em relação à situação do devedor principal, ademais

[341] Explorando as diversas dimensões do direito à moradia, notadamente na perspectiva do direito comparado e internacional, v. o estudo profundo de G. Pisarello, *Vivienda para todos: um derecho em (de)construcción*, 2003. Nesse contexto, confira-se também o ensaio de S. Tedeschi, "El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución", *in*: I. W. Sarlet (org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 209 e ss. (na perspectiva do direito argentino), assim como L. Gay "Laccès au logement en France et en Afrique du Sud: perspectives constitutionnelles et politiques comparées", *in*: J.-Y. Chérot e T. Reenen (Dir.), *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2005,.p. 203 e ss. V., com maior desenvolvimento, *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais. Reflexões a partir do Direito à Moradia*, São Paulo: Saraiva, 2012.

[342] Bem explorando essa perspectiva, v., também, o contributo de F. Pansieri, "Do Conteúdo e Fundamentalidade do Direito à Moradia", op. cit., p. 133 e ss., destacando a necessária dimensão organizatória e procedimental que se faz presente nos direitos sociais em geral e no direito à moradia em particular.

[343] Em caráter ilustrativo, v., no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, as decisões proferidas na AC nº 2001.01.00.026452-3/MA, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus (DJ de 26-10-2006); e na AC nº 95.01.23028-7/BA, Rel. Juiz Leão Aparecido Alves (DJ de 23-01-2002). No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. a decisão exarada na AC nº 7000757571813, Relator Des. Roque Volkweiss (27.09.2006).

[344] Trata-se da posição majoritária sustentada pelo Min. Cezar Peluso, que atuou como relator, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 407.688/SP, em 14.02.2006 (DJ de 06-10-2006). Cuida-se do *leading* case sobre a matéria, que, como já frisado, considera legítima a exceção legal permissiva da penhora do imóvel do fiador (Lei nº 8.009/90, art. 3º), voluntariamente dada em garantia, sob o argumento de que ao legislador é assegurada ampla liberdade no tocante à eleição do modo de efetivar o direito à moradia e que a falta de segurança dos contratos de locação, acarretada pela impossibilidade da penhora, desestimula os investimentos na construção civil, reduzindo a oferta de imóveis e dificultando o acesso à moradia para grandes segmentos da população. Aplicando o precedente: AgR-AI nº 584.436/RJ (DJe n. 03-02-2009), AI-AgR nº 585.772/RJ (DJ 13-10-2006), RE-AgR nº 415.626 (DJ 29-09-2006), RE-AgR nº 464.586/SP (DJ 24-11-2006). Sobre o tema, v., no âmbito da produção monográfica, E. M. Barreiros Aina, *O Fiador e o Direito à Moradia*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

da problemática (por não demonstrada) utilização de critérios baseados em supostas evidências do mercado imobiliário.[345] Por outro lado, não se cuidando de matéria sumulada e dada a relevância do impacto da expropriação do único imóvel para a vida do fiador ou devedor e de sua família, não se afastam desenvolvimentos que venham a temperar uma interpretação fechada e mitigar a orientação aparentemente consolidada no STF, ainda que em casos similares.[346]

Apesar de no caso da penhora do único imóvel do fiador o STF tenha admitido como legítima tal possibilidade (penhora), como um limite imposto em determinadas circunstâncias, também importa destacar que o STF reconheceu, na mesma decisão, não apenas o fato de o direito à moradia ser um direito fundamental, como a circunstância de que tal direito não se confunde com o direito de propriedade (o que, aliás, foi um dos argumentos justificadores da decisão), além de, nesse ponto, ainda de modo afinado com as recomendações dos organismos internacionais e a sua interpretação do conteúdo e alcance do direito à moradia, afirmar que existem diversas possibilidades legítimas na perspectiva constitucional de o Estado assegurar o acesso à moradia condigna.

Por sua vez, em termos de efetivação da dimensão prestacional do direito à moradia, é preciso relembrar que na condição de direito positivo, também o direito à moradia abrange prestações fáticas e normativas, que se traduzem em medidas de proteção e de caráter organizatório e procedimental. Um bom exemplo disso é o assim chamado "Estatuto da Cidade", que representou, apesar do lapso temporal bastante longo, uma resposta do legislador ao dever (prestação) de legislar nessa matéria, com fundamento na Constituição Federal.

Com a edição do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10-07-2001), cuja principal meta é dar efetividade às diretrizes constitucionais sobre política urbana, estando a contribuir para a difusão de um verdadeiro direito à cidade, foi dado um passo significativo para dar vida efetiva ao direito a uma moradia condigna no Brasil. Além de uma série de princípios, o Estatuto da Cidade é rico em instrumentos que objetivam a realização prática do direito à moradia, destacando-se os seguintes: (a) as operações urbanas consorciadas, em que poder público e os particulares atuam de forma conjunta, "com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental"; (b) o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), cujo conteúdo mínimo é previsto pelo art. 37 da lei, tem por meta verificar os aspectos positivos e negativos do empreendimento ou atividade que se pretenda implementar sobre a qualidade de vida da população residente na área e nas proximidades, ficando à disposição para consulta de qualquer interessado junto

[345] Em perspectiva crítica e para maior desenvolvimento, v., por todos, I. W. Sarlet, "Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do STF", *in*: D. Sarmento e I. W. Sarlet, *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal. Balanço e Crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 687-721. Simpatizando com a posição adotada pelo STF no tocante a constitucionalidade das exceções legais à proibição da penhora do imóvel residencial, v. G. Binembojm e A. R. Cyrino, "O Direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação. Limites à revisão judicial de diagnósticos e prognoses legislativos", *in*: C. P. de Souza Neto e D. Sarmento (Coords.), *Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 997-1017.

[346] V., por exemplo, o caso da AC nº 2.350/RS (DJe n. 85, de 08-05-2009), onde, em decisão monocrática, o Min. Carlos Ayres Britto deferiu liminar, atribuindo efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto em sede de embargos à execução, para afirmar a impenhorabilidade do imóvel dos recorrentes, dado em hipoteca como garantia pelo pagamento de débitos resultantes de negócios comerciais – hipótese que seria diversa, portanto, da jurisprudência firmada acerca da penhorabilidade do imóvel residencial do fiador, dado em garantia de contrato de locação residencial.

ao órgão municipal competente; (c) a usucapião coletiva das áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda e nas quais não seja possível a individualização dos terrenos, sendo declarada judicialmente e constituindo, a partir de então, condomínio indivisível, com estabelecimento da propriedade de uma fração para cada indivíduo.

Também guarda relação com uma dimensão positiva do direito à moradia, a previsão, já no plano constitucional, do usucapião especial urbano, onde o que está em causa, na sua essência, é um direito à obtenção do título de propriedade por parte do detentor da posse para fins de moradia, a teor do disposto no artigo 183 da CF, bem como nos termos da regulamentação infraconstitucional do instituto, especialmente pela Lei nº 10.257/2001, arts. 4º, V, "j", e 9º a 14, bem como pelo Código Civil (Lei 11.406/2002), art. 1.240.[347] No que diz com a regulamentação do usucapião pelo Código Civil, vale destacar também a previsão, em termos similares ao usucapião especial ou constitucional urbano, o usucapião especial rural, conforme se pode apreender do seu art. 1.239.[348] Mais recentemente, também com forte expressão em termos de assegurar a moradia na perspectiva familiar, o Código Civil inovou por intermédio da Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, ao assegurar, no seu art. 1.240-A, que "aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". À vista do exposto, verifica-se que todo o elenco de usucapiões especiais tem por objetivo (pelo menos também) a proteção do direito à moradia.

Em que medida o direito à moradia se traduz em direito subjetivo à construção, pelo poder público, de uma moradia digna (ainda que não na condição de propriedade), ou, em caráter alternativo, em direito (exigível) de fornecimento de recursos para tanto ou para, por exemplo, obras que assegurem à moradia sua condição de habitabilidade, sem prejuízo de todo um leque de aspectos a serem exploradas na seara do direito à moradia na perspectiva de sua função de direito a prestações, é seguramente algo longe de estar bem sedimentado na doutrina[349] e na jurisprudência.[350] De qualquer modo, não é nossa intenção, dados os limites da abordagem, aprofundar tal tópico.

[347] "Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez".

[348] "Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade".

[349] Sobre o tema, inclusive a respeito da perspectiva positiva ou prestacional do direito à moradia, v. G. Pisarello, *Vivienda para todos*: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Barcelona: Icaria Editorial/Observatório de Derechos Humanos (DESC), 2003. Na doutrina brasileira, admitindo a dimensão positiva do direito à moradia, v. J. A. da Silva, *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, especialmente p. 186 e 275.

[350] No sentido de reconhecer o direito à locação social a ser prestado por ente estatal (Município), no âmbito da dimensão positiva do direito à moradia (moradia como direito a prestações) e admitindo a sua exigibilidade pela via judicial por integrar o conteúdo do mínimo existencial, v. decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: TJSP – AI nº 0462165-72.2010.8.26.0000 - Câmara Especial – Comarca de Santos – Rel. Des. Luiz Antonio Ganzerla – DJ 25.04.2011.

3.4.4.3.3. O direito social à educação. Também o direito fundamental social à educação obteve reconhecimento expresso no art. 6º de nossa Constituição,[351] integrando, portanto, o catálogo dos direitos fundamentais e sujeito ao regime jurídico reforçado a estes atribuído pelo Constituinte (especialmente art. 5º, § 1º, e art. 60, § 4º, inc. IV). No título da ordem social, a educação foi objeto de regulamentação mais detalhada no capítulo III (arts. 205 até 214), razão pela qual também aqui se coloca a questão preliminar de quais os dispositivos que efetivamente podem ser considerados como fundamentais, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, de nossa Carta. Ainda que este não seja o objetivo do nosso estudo, não há como deixar de considerar que a problemática da eficácia do direito social à educação depende, em muito, da circunstância de se ter, ou não, certeza sobre a fundamentalidade dos diversos preceitos e, em consequência, do complexo de normas que constituem o núcleo essencial do direito à educação, aqui tido no seu sentido amplo. Por essa razão, partiremos da análise dos quatro primeiros dispositivos do Capítulo III da ordem social (arts. 205 a 208), já que entendemos que no mínimo quanto a estes se poderá considerá-los integrantes da essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a sua fundamentalidade material e formal.

Quanto aos demais dispositivos, poder-se-á sustentar que constituem, em verdade, normas de cunho organizacional e procedimental, com *status* jurídico-positivo idêntico ao das demais normas constitucionais. Com efeito, constata-se que os arts. 209 a 211 estabelecem as condições, organização e estrutura das instituições públicas e privadas no âmbito do sistema nacional educacional, ao passo que no art. 212 se encontram regras sobre a participação dos diversos entes federativos no financiamento do sistema de ensino. O mesmo art. 212, assim como o art. 213, contém normas estabelecendo metas, prioridades e diretrizes para a aplicação e distribuição dos recursos públicos na esfera educacional, enquanto no art. 214 se encontram previstos a instituição do plano nacional de educação e seus objetivos. Não nos esqueçamos, nesse particular, de que nem todas as normas integrantes do capítulo da ordem social, apenas pelo fato de guardarem relação direta com determinado direito fundamental social, passam a compartilhar a fundamentalidade formal e material deste.[352]

Enquanto no seu art. 6º a nossa Constituição apenas se limita a enunciar que a educação é um direito fundamental social e nada mais acrescenta que possa elucidar o conteúdo e alcance deste direito, nos arts. 205 a 208 de nossa Lei Fundamental, em se adotando o critério referido, encontram-se delineados os contornos essenciais deste direito fundamental à educação. Basta lançar um breve olhar sobre esses dispositivos para se perceberem as contundentes distinções no que concerne à sua técnica de positivação, à sua função como direitos fundamentais, bem como – por via de conse-

[351] Sobre o direito à educação na Constituição de 1988, v., entre outros, Marcos A. Maliska, *O Direito à Educação e a Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, Maria Cristina de Brito Lima, *A Educação como Direito Fundamental*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, Emerson Garcia, "O direito à educação e suas perspectivas de efetividade", *in: A efetividade dos direitos sociais*, 2004, p. 149-198, Lauro Luiz Gomes Ribeiro, *Direito Educacional. Educação Básica e Federalismo*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, Ana Paula de Barcellos, "O direito à educação e o STF", *in*: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coords.), *Os Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 609-634, Denise Souza Costa, *Direito Fundamental à Educação, Democracia e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

[352] Por outro lado, já foram referidos exemplos de dispositivos integrantes do catálogo dos direitos fundamentais que assumem a feição (pela forma de sua positivação) de normas organizacionais, sem que se possa desconsiderar, por esse motivo, sua condição de autênticos direitos fundamentais, em face de sua expressa previsão como tais pelo Constituinte.

quência – quanto à sua eficácia. Com efeito, o art. 205, ao dispor que "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade", está, na verdade, revelando uma feição notadamente programática e impositiva, não possibilitando, *por si só*, o reconhecimento de um direito subjetivo,[353] já que – norma de eficácia limitada – apenas estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação, quais sejam, "o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Em contrapartida, vislumbra-se que o art. 207 se caracteriza como típica garantia institucional fundamental, assegurando a autonomia universitária,[354] o que já foi objeto de reconhecimento até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, inobstante tenha ficado claro que esta autonomia não assegura às Universidades uma absoluta independência em face do Estado, de modo especial no que diz com a possibilidade da edição de atos normativos autônomos.[355] Vê-se, pois, que, enquanto o art. 205 exerce a função de impor tarefas e objetivos aos órgãos públicos e, em especial, ao legislador, servindo, além disso, como parâmetro obrigatório para a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas, a garantia institucional contida no art. 207, que, a toda evidência, constitui norma plenamente eficaz e diretamente aplicável, atua como limite expresso contra atos que coloquem em risco o conteúdo essencial da automia da instituição protegida, atuando, assim, como direito fundamental de natureza defensiva.[356]

Já no art. 206 da nossa Constituição, que contém normas sobre os princípios que embasam o ensino, encontram-se diversos dispositivos que inequivocamente são diretamente aplicáveis e dotados de plena eficácia. É o caso, por exemplo, da garantia da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, inc. I), que constitui concretização do princípio da isonomia, ainda que se pudesse – mesmo

[353] Admitindo, ao que parece, um direito subjetivo genérico à educação, encontramos a recente manifestação de N. B. S. Ranieri, *in: CDCCP* nº 6 (1994), p. 127 e ss. Importa aqui refutar a consideração crítica de M. M. Gouvêa, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas* ..., p. 78, obra que resultou da dissertação de Mestrado defendida com brilho pelo autor perante banca examinadora presidida pelo Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres e da qual tive o privilégio de participar. Com efeito, o autor sugere que tenhamos recaído em contradição ao mencionar o caráter programático do art. 205 da CF e, logo a seguir, termos referido a existência de um direito subjetivo. Tal contradição inexiste já que o que fizemos foi apenas apontar que o art. 205, pela sua formulação, apresenta feição programática e que com base *apenas* neste preceito *parece* difícil admitir um direito subjetivo. Sempre sustentamos, contudo, que existe um direito subjetivo (fundamental) ao ensino fundamental, com base em *outro dispositivo* da Constituição (ar. 208).

[354] A respeito da autonomia universitária, v., entre outros, N. Ranieri, *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994. V. também, num contexto mais amplo, Marcos Maliska, *O Direito à Educação e a Constituição, especialmente*, p. 266 e ss. Por último, confira-se André Trindade (Coord.). *Direito Universitário e Educação Contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, com destaque, para o caso da autonomia universitária, da contribuição de André Trindade e Edval Luiz Mazzari Junior (p. 66 e ss.).

[355] Cf. decisão do dia 25-10-1989, prolatada na *ADIN* nº 51-RJ, tendo como relator o Ministro Paulo Brossard (*in: RTJ* nº 148 [1995], p. 3 e ss). Ressalte-se que, no caso concreto, se tratava de Universidade Federal que, mediante ato normativo interno e em afronta à lei federal, estabeleceu regras sobre a indicação e forma de provimento do cargo de reitor. A íntima vinculação entre esse dispositivo e o direito à educação foi objeto de destaque no voto do Ministro Celso de Mello (RTJ 148 [1995], p. 9-11). Por outro lado, que o preceito em exame constitui uma garantia institucional pode deduzir-se do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence (RTJ nº 148 [1995], p. 14), que expressamente referiu a impossibilidade de o legislador destruir o núcleo essencial da autonomia universitária, ainda que esteja habilitado a regulamentá-la. Em hipótese alguma – assim ressaltou o eminente Magistrado – tal autonomia significa que as Universidades dispõem de um direito subjetivo absoluto de autorregulamentação.

[356] A garantia institucional da autonomia universitária também se encontra prevista, apenas a título ilustrativo, na Constituição da Espanha (art. 27.10), e na Constituição Portuguesa (art. 76, nº 2). Entre as Constituições do Mercosul, foi contemplada também na Constituição do Paraguai (art. 79), não tendo sido prevista nas Constituições da Argentina e do Uruguai.

sem esta norma – cogitar de um direito social derivado de igual acesso às instituições e ao sistema de ensino, deduzido com base no direito geral de igualdade (art. 5º, *caput*). No mesmo contexto pode ser citado o art. 206, inc. II, que consagra a liberdade de aprendizado, de ensino, de pesquisa e de divulgação do pensamento, da arte e do saber, que, por tratar-se de autêntico direito de liberdade gera, desde já, direitos subjetivos para os particulares, sendo plenamente justiciável. Também a norma contida no art. 206, inc. IV, que prevê a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, não reclama qualquer ato de mediação legislativa, gerando um direito subjetivo à gratuidade (não cobrança) do ensino público. Percebe-se, portanto, que no âmbito de um direito geral à educação existem diversas posições fundamentais de natureza jurídico-subjetiva, ainda que nos casos aventados não se possa falar de um direito fundamental originário a prestações de natureza concreta na esfera educacional. Bastariam estes exemplos para se poder rechaçar a tese de que o direito fundamental à educação, ao menos na condição de direito de defesa, não assume a feição de direito subjetivo.

Se nos ocuparmos, contudo, com o art. 208 da CF, constataremos que outras são as possibilidades de desenvolvimento. De início, impõe-se a observação de que o citado preceito deve ser analisado à luz do disposto nos arts. 205 e 206, já que todos integram o direito à educação. Enquanto o art. 205 enuncia que a educação é um direito de todos e obrigação do Estado e da família, o art. 206, em seus diversos incisos, estabelece uma série de diretrizes que devem ser observadas pelo Estado e pela família na realização do direito à educação, dentre as quais destacamos a já citada gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, assim como a garantia da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, que nada mais consagra do que o dever específico de garantir a igualdade de oportunidades nesta seara, norma que seguramente apresenta também uma dimensão impositiva de condutas ativas por parte do Estado, da sociedade e da família. Por sua vez, verifica-se que no art. 208 o constituinte cuidou de estabelecer certos mecanismos e diretrizes a serem adotados na implementação de seu dever com a educação, salientando-se a garantia do ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria (art. 208, inc. I). Além disso, o art. 208, em seu § 1º, contém a inequívoca declaração de que "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo." Por derradeiro, cumpre referir a norma que estabelece a possibilidade de responsabilização da autoridade competente pelo não oferecimento ou oferta irregular deste ensino obrigatório gratuito (art. 208, § 2º). É justamente com apoio nesta constelação normativa que houve, na doutrina, quem se posicionou favoravelmente ao reconhecimento de um direito subjetivo individual a uma vaga em estabelecimento oficial, no âmbito do ensino obrigatório e gratuito.[357]

[357] Esse o entendimento de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 150 e ss. Ressalte-se que ao tempo da Constituição de 1967 (69), que já previa o direito à educação, inclusive no que diz com a gratuidade do ensino obrigatório (art. 176, § 3º), se sustentou, a exemplo de R. Russomano, *in: RDCCP* nº 5 (1986), p. 21, que se cuidava de normas de eficácia limitada, em virtude de sua natureza programática. No âmbito da bibliografia mais recente, v., a respeito de um direito à educação básica, M. C. de Brito Lima, *A Educação como Direito Fundamental*, p. 5 e ss., sustentando inclusive a exigibilidade judicial deste direito fundamental na sua dimensão prestacional, bem como, por último, C. S. Duarte, "Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais", *in*: M. P. D. Bucci (org.) *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267 e ss., enfatizando a relevância de se apostar também num direito às políticas públicas educacionais e seu controle. No mesmo sentido, C. Zancaner Zockun, *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009. No âmbito da jurisprudência há que colacionar recente decisão do STF (RE nº 436996/SP, Relator Min. Celso de Mello) onde foi afirmada a existência de um dever

Em verdade, em se levando em conta que, por um lado, o Constituinte estabeleceu a obrigatoriedade do ensino fundamental, garantindo, ao mesmo tempo, expressamente um direito subjetivo público a este ensino obrigatório (e gratuito), outra conclusão sequer parece possível. Aliás, bastaria a compulsoriedade para que, ainda mais em face do dever da família com a educação (art. 227), pudesse deduzir-se um correspondente direito subjetivo. A própria regra da gratuidade (ao menos para os que comprovadamente não dispusessem de recursos) do ensino fundamental obrigatório poderia ser tida como implícita nestas circunstâncias. Além do mais, é preciso ressaltar que esta obrigação geral da família, da sociedade e do Estado com a educação foi novamente enunciada no art. 227, *caput*, da Constituição. Mais adiante, no art. 227, § 3º, incs. I e III, no âmbito do direito (fundamental) à proteção especial por parte da criança e do adolescente, bem como no art. 229 (dever dos pais de criarem e educarem os filhos menores), esta obrigação do Estado, da família (e dos pais) foi alvo de especial atenção pelo Constituinte pátrio. Assim, se atentarmos para a regra que estipula em 14 anos a idade mínima para admissão ao trabalho (ressalvada a hipótese do art. 7º, inc. XXXIII, da CF), além das normas infraconstitucionais (com destaque para o avançado Estatuto da Criança e do Adolescente), que preveem a possibilidade de responsabilização civil e penal (a das autoridades, como se viu, têm até mesmo base constitucional) dos pais e responsáveis que deixarem de zelar pelo acesso de seus filhos ao ensino fundamental, não resta a menor dúvida de que existe, sim, um direito fundamental originário (e subjetivo) à prestação estatal do ensino fundamental gratuito em estabelecimentos oficiais, dos 04 aos 17 anos e mesmo, em caráter facultativo (na perspectiva do cidadão) mas gratuito para os que não tiveram acesso à educação no período próprio.[358] Alegar-se, nesse contexto, eventual indeterminação ou incompletude das normas constitucionais beira as raias do absurdo.

Até mesmo a habitual ponderação relativa à ausência de recursos (limite fático da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre destinação de recursos públicos, parecem-nos inaplicáveis à hipótese (ensino público fundamental gratuito). Além de colocar – e não sem razão – os particulares diante de uma situação em que não lhes resta alternativa, importa reconhecer que o próprio Constituinte tratou de garantir a destinação de recursos para viabilizar a realização do dever do Estado com a educação, de modo especial com o ensino fundamental. Note-se que, de acordo com o art. 212 da Constituição, a União não poderá aplicar menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, menos de 25% da receita resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. O montante da verba orçamentária mínima (o legislador poderá estabelecer valores superiores), seguramente representando a maior fatia do orçamento público, demonstra a importância atribuída à educação. No § 3º do mesmo artigo, encontra-se,

constitucional do poder público (notadamente do município) em assegurar o atendimento gratuito de crianças até seis anos de idade em nível de pré-escola, a partir de uma compreensão ampla do direito à educação. Em outra decisão, mediante referência ao precedente ora citado e outros julgados no mesmo sentido, o STF reafirmou ser o direito ao ensino fundamental gratuito um direito fundamental, que apresenta dupla dimensão objetiva e subjetiva e que implica direito subjetivo do cidadão em face do poder público, conectando tal direito ao dever de proteção das crianças e dos adolescentes, igualmente de matriz constitucional e ao qual corresponde um direito à proteção, v. a decisão no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n° 241-7/Rio de Janeiro, Min. Gilmar Mendes, j. em 10.10.2008.

[358] De acordo com a redação dada ao Artigo 208, I, CF pela EC 59/2009, a "educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria".

por sua vez, regra que prioriza a distribuição dos recursos para o ensino obrigatório (fundamental). Já considerada a alteração resultante da Emenda nº 14, de 12-09-96, o art. 212, § 5º, ressaltando igualmente a prioridade do ensino fundamental, prevê que este contará, como fonte adicional de financiamento, com os recursos decorrentes da contribuição social do salário-educação.

Também merecem destaque outros dispositivos que ressaltam a especial relevância do ensino público fundamental. Assim, o art. 211, §§ 2º e 3º, prevê que os Municípios e Estados deverão ambos atuar prioritariamente no ensino fundamental (os Estados também no ensino médio). Tudo isso demontra inequivocamente a impertinência, no que diz com um direito subjetivo ao ensino fundamental público gratuito, também dos argumentos relativos à reserva do possível e da incompetência dos tribunais para decidir sobre a matéria. As regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição.

Com apoio na argumentação desenvolvida, parecem-nos viáveis, ao menos em princípio, as alternativas sugeridas por Luís R. Barroso, que, na hipótese de não ser possível o reconhecimento de um direito de acesso ao ensino fundamental público gratuito, no caso de inexistentes ou comprovadamente insuficientes os recursos materiais disponíveis (escolas, salas de aula, vagas, professores etc.), considera possível a condenação do poder público, numa demanda de natureza cominatória, a uma obrigação de fazer, por exemplo, a construção de uma escola, ou mesmo a matrícula em escola particular às expensas do poder público, restando, ainda, a insatisfatória possibilidade de exigir-se do Estado o pagamento de uma indenização pela omissão, que, no entanto – como bem reconhece o autor – não tem o condão de substituir adequadamente a falta de estudo.[359]

Além dos argumentos já colacionados, verifica-se que um direito subjetivo (inclusive originário) a prestações em matéria educacional, especialmente no campo do ensino fundamental, situa-se na esfera da garantia do mínimo existencial, especialmente naquilo em que este, como já sinalado no capítulo próprio, abrange uma dimensão sociocultural e não se limita a um mínimo vital, fundamentação amplamente prestigiada na doutrina e jurisprudência, inclusive do STF, situações que abrangem o reconhecimento de um direito subjetivo de acesso à educação infantil em creches disponibilizadas pelo poder público para crianças de até cinco anos de idade.[360]

[359] Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 151.

[360] Sobre o direito à educação na perspectiva da jurisprudência do STF, v., em especial, A. P. de Barcellos, "O Direito à Educação e o STF", *in*: D. Sarmento e I.W. Sarlet (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 609-635. Dentre os precedentes do STF que podem ser referidos em caráter ilustrativo, destaca-se, pelo seu pioneirismo, o RE nº 436.996/SP (DJ 26-10-1995): reconhece a existência de um dever constitucional do poder público (notadamente do Município) em assegurar o atendimento gratuito de crianças até seis anos de idade em nível de pré-escola, a partir de uma compreensão ampla do direito à educação. Em sentido idêntico, v. o RE nº 472.707/SP, DJ 04-04-2006; RE nº 467.255/SP, DJ 14-03-2006; e RE nº 410.715/SP, DJ 08-11-2005. No que diz com o vínculo entre o direito à educação infantil e o mínimo existencial, v. em especial o AI nº 564.035/SP (DJ 15-05-2007), que assegura o direito da criança em obter vaga em creche municipal, acentuando que "a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos" (Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Relatora). No mesmo sentido, v. ainda, o AgR-RE nº 592.937/SC (DJe n. 12-05-2009) e o RE nº 600.419 (DJe nº 182, de 03-09-2009).

Ainda no contexto mais amplo de um direito à educação como direito a prestações, situa-se a problemática do acesso ao ensino médio e superior. Diversamente dos casos do ensino fundamental e do direito à educação infantil, a CF, no artigo 208, II, previu a garantia da "progressiva universalização do ensino médio gratuito", além de assegurar o "acesso aos níveis mais elevados do ensino e da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um" (artigo 208, V). Assim, pelo menos não expressamente, a CF não consagra um direito subjetivo a uma vaga no ensino médio gratuito (em estabelecimento oficial de ensino), muito menos o direito a uma vaga em Instituição de Ensino Superior mantida pelo poder público.

O quanto os argumentos esgrimidos em favor de um direito subjetivo, inclusive originário, de acesso ao ensino infantil e fundamental podem ser transportados para a seara do ensino médio e superior, ainda mais considerando as peculiaridades do texto constitucional (artigo 208, II e V), se revela no mínimo digno de maior reflexão. O mesmo vale para a invocação, como fundamento de um direito subjetivo, do direito e garantia do mínimo existencial, já que por mais alargada que possa vir a ser sua compreensão, dificilmente compatível com a inclusão de um direito definitivo a uma vaga no ensino superior, pelo menos em se tomando como referencial os desenvolvimentos mais recentes em nível de direito comparado.

No caso do ensino médio, dada a sua relevância para o ingresso no mercado profissional e o próprio acesso aos níveis superiores, bem como considerando as crescentes demandas em termos de formação num mundo complexo e marcado pela utilização da tecnologia, a sua relevância para o exercício efetivo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e garantia de níveis de autonomia significativos para o indivíduo, não pode ser desconsiderada. De outra parte, o dever de progressividade não poderá ser estendido *ad infinitum*, de tal sorte que ante um descumprimento injustificado da meta da progressiva universalização do ensino médio gratuito, o reconhecimento de um direito subjetivo a uma vaga na rede pública ou de cursar o ensino médio em entidade de ensino privada mediante custeio pelo poder público, tal como no caso do ensino fundamental, há de ser saudado pelo menos como alternativa a ser levada a sério.

Também no que tange ao direito à educação é de lançar-se breve olhar sobre o direito comparado. Assim, constata-se que no direito constitucional espanhol, que expressamente consagra o direito de todos à educação (art. 27.1), foi reconhecida a dupla dimensão deste direito fundamental na condição de direito de defesa (liberdade) e direito a prestações, salientando-se, além disso, a natureza jurídica distinta dos diversos preceitos que compõem este direito, incluindo mesmo uma feição impositiva de deveres estatais, e até institucional.[361] Isso demonstra que o modelo hispânico se

[361] Nesse sentido, julgamos oportuna a transcrição do seguinte trecho extraído de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha (STC 86/1985), garimpada na coletânea organizada por F. R. Llorente (Org.), *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, p. 432: "[...] Mientras algunos de [los preceptos del artículo 27] consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4), garantizan instituciones (apartado 10), o derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratitud de la enseñanza básica, apartado 3) o atribuen, en relación con ello, competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apartado 8), o imponen mandatos al legislador. La estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar. Este modo de hablar no permite olvidar, sin embargo, la distinta naturaleza jurídica de los preceptos indicados. El derecho de todos a la educación [...] incorpora así, sen duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión presta-

aproxima do adotado pelo nosso Constituinte, na linha de que o direito à educação em sentido amplo é constituído de um complexo diverso de normas quanto à sua função e eficácia, o que também se verifica no direito lusitano.[362] Ainda no que diz com o paradigma espanhol, cumpre referir especificamente a previsão de um direito a prestações no nº 9 do referido art. 27 da Constituição espanhola, de acordo com o qual "los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca". Tal preceito, contudo, de acordo com o Tribunal Constitucional, não encerra um direito subjetivo a prestações materiais estatais, que existirá apenas na medida de sua previsão legal, reconhecendo-se, de outra parte, o conteúdo impositivo do preceito no sentido de vincular o legislador aos fins e diretrizes estabelecidos na norma, limitando sua liberdade de conformação.[363] Atente-se a que esta orientação prevaleceu apesar da expressa vinculação dos poderes públicos às normas definidoras de direitos fundamentais (art. 53.1 da CE), podendo aplicar-se também ao direito à educação, já que constante do capítulo dos "derechos y libertades", e não no dos "principios rectores de la política social y económica", demonstrando que, também no direito espanhol, o princípio da aplicabilidade direta não tem o condão de – automaticamente e em qualquer hipótese – gerar direitos subjetivos para os particulares.

Da experiência constitucional alemã, por sua vez, podem extrair-se dois exemplos interessantes, ao menos no que concerne à fundamentação utilizada pela doutrina e pela jurisprudência constitucional. Cuida-se, por um lado, da problemática dos subsídios públicos para o financiamento de escolas privadas e, por outro, de um direito ao ensino. Ambos constituíram, juntamente com o direito às condições mínimas existenciais, os exemplos que centralizaram a discussão em torno do reconhecimento de direitos fundamentais sociais originários a prestações com base numa exegese criativa calcada nas demais normas de direitos fundamentais e no princípio do Estado social de Direito.

No que diz com eventual direito das escolas privadas a subsídios governamentais, tratou-se de um caso típico da mutação de um direito de liberdade em direito social prestacional, já que inexistente um direito prestacional expresso, ao contrário do que se verifica, por exemplo, no direito espanhol (art. 27.9 da CE). Assim como no direito à garantia das condições existenciais mínimas, no qual estavam em jogo

cional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4º de este artículo 27 de la norma fundamental."

[362] Com efeito, nos arts. 73 a 77, a Constituição portuguesa, prevendo a distinção entre os direitos à educação e ao ensino, contém dispositivos da mais variada natureza, incluindo posições prestacionais, fins e tarefas impostas aos poderes públicos, princípios gerais, normas de competência e a garantia institucional da autonomia universitária.

[363] De acordo com a expressa formulação do Tribunal Constitucional (STC 86/1985), "el citado artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Ésta, materializada en la técnica subvencional o, de otro modo, habrá de ser dispuesta por la ley [...] de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa. El que en el artículo 27.9 no se enuncie como tal un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser sólo en la ley en donde se articulen sus condiciones y límites, ño significa, obviamente, que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo. La ley que reclama el artículo 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mesmo artículo y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad. Como vinculación positiva, también el legislador habrá atenerse en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución." (*in*: F. R. Llorente (Org.), *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, p. 460).

o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e, portanto, o pleno exercício das liberdades fundamentais em geral, na hipótese ora em exame a questão gira em torno das ameaças a direitos fundamentais específicos.[364] Ponto de partida constitui o art. 7º, IV, da Lei Fundamental da Alemanha, que simultaneamente, de acordo com a doutrina majoritária, contém um típico direito de liberdade, no caso, a de criação e manutenção de escolas privadas, assumindo, ainda, a função de garantia institucional, estabelecendo-se também a distinção entre escolas privadas substitutivas (*Ersatzschulen*), que se destinam à substituição das escolas públicas, assim como as escolas privadas complementares (*Ergänzungsschulen*), que não apresentam esta característica.[365] Para além desta dimensão defensiva, doutrina e jurisprudência acabaram reconhecendo que o direito fundamental em exame exerce também uma função prestacional, no sentido de gerar um direito das escolas privadas a subsídios públicos para sua manutenção.

Inicialmente, apenas o Tribunal Federal Administrativo alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu este direito fundamental a subsídios governamentais, argumentando que sem este auxílio a própria sobrevivência das escolas privadas estaria gravemente ameaçada, o que resultaria num esvaziamento da garantia constitucional (e fundamental) de sua existência, assim como do direito fundamental de sua criação. Trata-se, contudo, de uma prestação com finalidade meramente compensatória, para preservar o equilíbrio entre as escolas privadas e públicas, já que estas, em razão de terem assegurado o seu financiamento pelo Estado, acabariam prejudicando e até mesmo aniquilando a capacidade de concorrência das escolas privadas.[366] Já o Tribunal Federal Constitucional, após uma postura inicial bastante tímida relativamente ao problema,[367] acabou por chancelar solução similar, entendendo que o art. 7º, inc. IV, da Lei Fundamental, também enuncia uma obrigação dirigida ao poder público, de modo especial ao legislador, no sentido de proteger e promover as escolas privadas, não podendo limitar-se à mera autorização de seu funcionamento.[368]

Destaque-se, nesse contexto, o argumento de que, em virtude do alto custo do ensino, as escolas privadas não teriam condições de, por si só, atender a todas as exigências estabelecidas pela Lei Fundamental (art. 7º, inc. IV) ao seu funcionamento, não se podendo, por outro lado, exigir que captem os recursos por meio do aumento das taxas escolares, pois tal medida acabaria fomentando uma discriminação dos alunos no que diz com suas possibilidades financeiras, de tal sorte que, para evitar o esvaziamento do direito fundamental (liberdade de criação e garantia da existência), o poder público tem o dever de proteger e fomentar as escolas privadas.[369] Em decisão recente, o Tribunal veio a confirmar este entendimento, ressaltando também que o Estado deve às escolas privadas uma compensação para os obstáculos e exigências

[364] Cf. R. Breuer, *in: FS für das BVerwG*, p. 98.

[365] Cf., dentre tantos, *Pieroth/Schlink, Grundrechte*, p. 189.

[366] Cf. *BVerwG* 23, 374 e ss., e 27, 360 e ss. A respeito da argumentação utilizada pelo Tribunal, v. a posição crítica de H. Sendler, *in: DÖV 1978*, p. 582-3, ressaltando que, ao referir também o significado social das escolas privadas para todo o sistema de ensino, o Tribunal Administrativo acabou lançando mão de um argumento de natureza predominantemente política.

[367] Cf. *BVerfGE* 37, 320 e ss., no sentido de considerar viável a transferência das escolas privadas para o setor público.

[368] Cf. *BVerfGE* 75, 40 (61 e ss.).

[369] Cf. *BVerfGE* 75, 40 (62-3).

criados pela Lei Fundamental, que, ao mesmo tempo em que garante a criação das escolas, acaba condicionando seu reconhecimento e funcionamento ao preenchimento de determinados pressupostos, que dificilmente podem ser atendidos e mantidos sem auxílio para tanto.[370]

De modo geral, podem detectar-se os seguintes requisitos e diretrizes estabelecidos pelos Tribunais Federais (Administrativo e Constitucional) no âmbito do reconhecimento de um direito a prestações (proteção e fomento das escolas privadas): a) apenas as escolas privadas de caráter substitutivo fazem jus a estas prestações, pela sua vinculação e dependência em relação ao sistema público de ensino; b) um direito subjetivo a subsídios financeiros é admissível apenas em casos extremos; c) a proteção e o fomento por parte do Estado assumem caráter meramente compensatório e têm por objetivo evitar o esvaziamento do direito fundamental, assegurando as condições mínimas indispensáveis à sobrevivência e manutenção das escolas privadas; d) a pretensão relativa aos subsídios alcança tão somente os custos de manutenção, e não a cobertura de eventuais prejuízos resultantes de má administração, ou mesmo para assegurar uma equiparação às escolas públicas.[371]

De acordo com o Tribunal Federal Constitucional, também o financiamento das escolas particulares se encontra sujeito ao limite da reserva do possível, isto é, condicionado pela disponibilidade de recursos públicos, incumbindo ao legislador, de modo especial mediante ponderação de outros bens comunitários e das exigências resultantes da conjuntura econômica global, decidir onde e como aplicar os recursos, encontrando-se, contudo, sujeito ao princípio da igualdade, no sentido de que, no caso de contemplar determinada escola com subsídios públicos, estará obrigado a prever igual benefício para as demais escolas privadas.[372] Tal ressalva, contudo, esbarrou em críticas por parte da doutrina, havendo quem sustentasse que no caso do financiamento das escolas privadas não se justifica o argumento da reserva do possível, uma vez que no caso de inexistência destas o Estado forçosamente se veria compelido a assumir todos os custos.[373]

Se, contudo, o art. 7º, inc. IV, da Lei Fundamental da Alemanha efetivamente assegura um direito fundamental subjetivo ao financiamento estatal das escolas privadas, isso permanece controverso. Certo é que a existência de um dever jurídico-objetivo do Estado de proteger e fomentar as escolas privadas pode ser tido como *communis opinio*. No entanto, em que pesem os argumentos referidos e a posição doutrinária tendencialmente favorável, o Tribunal Federal Constitucional acabou por relativizar significativamente o alcance do dever de proteção e fomento do Estado relativamente às escolas privadas. Assim, salientando o caráter excepcionalíssimo deste dever de subsidiar do Estado, justificado apenas quando colocado em risco o sistema privado de ensino como instituição, o Tribunal entendeu que um direito subjetivo das escolas individualmente consideradas pode ter como objeto tão somente a vinculação

[370] Cf. *BVerfGE* 90, 107 (115-6).

[371] Cf. R. Breuer, *in: FS für das BVerwG*, p. 98-9, ressaltando-se que o Tribunal Federal Constitucional (*BVerfGE* 75, 40 [68]) considerou indispensável uma contraprestação adequada por parte das escolas privadas, incluindo os investimentos iniciais para sua criação.

[372] Cf. *BVerfGE* 75, 40 (66-9) e 90, 107 (116-7).

[373] Essa a posição de C. Starck, *in: BVerfG und GG II*, p. 525, que, aliás, é conhecido por ser, em princípio, contrário ao reconhecimento de direitos sociais prestacionais. No mesmo sentido também R. Breuer, *in: FS für das BVerwG*, p. 99, ressaltando o apoio fornecido ao poder público pelas escolas privadas.

do legislador aos limites que lhe impõe o dever jurídico objetivo de proteção e apoio, limitando-se a proteção judicial a fiscalizar uma atuação manifestamente insuficiente e negligente do Estado ou mesmo a abolição, sem qualquer compensação, de medidas já tomadas, de tal sorte que uma prestação material concreta depende de previsão legal.[374] De qualquer modo, constata-se que o Tribunal Federal Constitucional alemão acabou, no mínimo, além de reconhecer expressamente a dimensão prestacional da liberdade fundamental de criação e manutenção de escolas privadas, assegurando-lhe uma proteção reforçada, tanto no que tange ao dever de proteção e fomento por parte do Estado (abrindo a possibilidade de um controle jurisdicional relativamente amplo), quanto no sentido de admitir pelo menos um direito mediato a subsídios, nos termos de um direito fundamental derivado a prestações.

Ainda no contexto mais amplo de um direito à educação, situa-se a problemática do acesso ao ensino superior, objeto de ampla discussão na Alemanha já no início dos anos setenta, debate que, aliás, forneceu importantes e interessantes subsídios para a controvérsia em torno dos direitos sociais prestacionais. Na sua afamada e multicitada decisão *numerus clausus*, o Tribunal Federal Constitucional, com base na constatação de que a liberdade fundamental de escolha da profissão não teria valor algum caso não existissem as condições fáticas para a sua fruição, entendeu que este direito fundamental objetiva também o livre acesso às instituições de ensino.[375] De fato, acabou a o Tribunal da ALemanha reconhecendo que, a partir da criação de instituições de ensino pelo Estado, de modo especial em setores onde o poder público exerce um monopólio e onde a participação em prestações estatais constitui pressuposto para a efetiva fruição de direitos fundamentais, a garantia da liberdade de escolha de profissão (art. 12, inc. I, da LF), combinada com o princípio geral da igualdade (art. 3º, inc. I) e com o postulado do Estado Social (art. 20), garante um direito de acesso ao ensino superior de sua escolha a todos os que preencherem os requisitos subjetivos para tanto.[376] Remanesceu em aberto, contudo, eventual possibilidade de se admitir um direito fundamental originário a prestações, isto é, não apenas o tratamento igualitário no que tange ao acesso, mas também o direito a uma vaga no âmbito do ensino superior. Tal hipótese foi aventada pelo Tribunal Federal Constitucional, que, mesmo sem posicionar-se de forma conclusiva a respeito da matéria, admitiu que os direitos a prestações não se restringem ao existente, condicionou, contudo, este direito de acesso ao limite da reserva do possível.[377]

A doutrina majoritária, em que pese a argumentação referida, optou por posicionar-se contrariamente a um direito originário a prestações, limitando-se a acolher um direito fundamental derivado (e, portanto, relativo), consistente na garantia de igual acesso ao ensino superior, na medida das instituições e vagas existentes.[378] De qualquer modo, para além do reconhecimento de um direito derivado a prestações, houve quem atribuísse manifesto efeito didático à decisão do Tribunal Federal Constitucional nesta seara, uma vez que resultou em medidas concretas objetivando

[374] Cf. *BVerfGE* 90, 107 (117).

[375] Cf. *BVerfGE* 33, 303 (330 e ss), posteriormente confirmada em *BVerfGE* 39,258 e 39, 276, assim como em *BVerfGE* 43, 29, e 59, 1.

[376] Cf. *BVerfGE* 33, 303 (331-2).

[377] Cf. *BVerfGE* 33, 303 (333).

[378] Essa a lição de R. Scholz, *in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 12, I, p. 58 e ss., ressaltando que, apesar do monopólio estatal na esfera do ensino superior, este não integra o âmbito do ensino estatal obrigatório.

a ampliação das capacidades existentes na esfera do ensino superior,[379] além de atuar – numa dimensão jurídico-objetiva – como apelo às instâncias políticas para atuarem concretamente na realização do direito ao ensino superior.[380]

Calcada em linha semelhante de argumentação, situa-se a solução proposta na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, que, referindo-se às Constituições portuguesa (art. 74) e espanhola (art. 27), desenvolveu a concepção de um direito social (prestacional) ao ensino, na sua dimensão específica de um direito de acesso ao ensino universitário, com base na noção, oriunda da doutrina alemã, de que determinada posição jurídica prestacional pode estar abrangida pelo âmbito normativo de um direito, liberdade e garantia, já que um direito a prestações na esfera da educação e do ensino se destina a assegurar o pleno exercício, por exemplo, da liberdade de escolha de profissão e da liberdade de aprender.[381] Argumenta o mestre de Coimbra que tanto a Constituição portuguesa, quanto a espanhola, ao estabelecerem que ao poder público incumbe garantir o acesso ao ensino ou o direito à educação, estão conferindo ao Estado uma competência (poder de atuar no campo do acesso ao ensino superior, no caso) à qual corresponde um dever não relacional do Estado (de criar condições de acesso ao ensino superior). Para os particulares emerge, por sua vez, não um direito subjetivo definitivo (como no caso das condições mínimas existenciais), mas, sim, um direito subjetivo *prima facie* (a norma justifica um direito a prestações, mas não tem por resultado obrigatório uma decisão individual), já que – em virtude do limite da reserva do possível e da necessária ponderação por parte dos poderes públicos quanto ao modo de realizar o direito – o problema do acesso à universidade não pode, ainda consoante Canotilho, resolver-se em termos de "tudo ou nada".[382]

Em que pese a pertinência da alternativa referida, entendemos, contudo, que a solução preconizada à luz do direito constitucional positivo pátrio, antes exposta, oferece uma base e parâmetros bem mais sólidos, ao menos no que concerne a um direito fundamental originário ao ensino fundamental obrigatório público e gratuito,[383]

[379] Cf. P. Häberle, *in: DÖV 1972*, p. 732, e H. Sendler, *in: DÖV 1978*, p. 585.

[380] Nesse sentido, a oportuna referência de P. Häberle, *in: VVDStRL* n° 30 (1972), p. 114.

[381] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 37 e ss. Ressalte-se que a Constituição Portuguesa, além de efetuar a distinção entre um direito à educação (art. 73) e um direito ao ensino (art. 74), trata destes direitos fundamentais em diversos dispositivos no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, que não gozam do mesmo regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias do Título II. Aliás, tendo em vista esta distinção quanto ao regime jurídico, o Constituinte lusitano optou por incluir as liberdades de ensinar e aprender (art. 43/1 e 3), assim como o direito de criação de escolas particulares (art. 43/4), no Título II, assegurando-lhes, portanto, o regime pleno da fundamentalidade material e formal reforçada. Esta distinção, entre direito à educação e direito ao ensino, por sua vez, não foi adotada na Constituição Espanhola, que cuida apenas do primeiro, outorgando-lhe, contudo, uma dimensão ampla.

[382] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 39-42, que buscou inspiração principalmente na doutrina alemã, destacando-se as obras de F. Müller, B. Pieroth e L. Fohmann sobre os direitos a prestações no âmbito de uma garantia de liberdade (*Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*) e de R. Alexy, além de marcada influência inglesa, ressaltando-se, particularmente, a obra de R. Dworkin (*Los Derechos en Serio*).

[383] Convém observar-se, nesse contexto, que também na Constituição Espanhola o ensino básico é obrigatório e gratuito (art. 27/4), assim como a Constituição Portuguesa (art. 74/3a) dispõe que ao Estado compete assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito, razão pela qual se poderia desenvolver, relativamente a estas ordens constitucionais, raciocínio similar ao propugnado para o direito pátrio. A título ilustrativo, refiram-se, ainda, os exemplos extraídos das Constituições dos países integrantes do Mercosul. Assim, verifica-se que a Constituição do Uruguai, em seu artigo 70, dispõe sobre a obrigatoriedade do ensino primário e médio. Já a Constituição do Paraguai, em seu art. 76, dispõe ser gratuita e obrigatória a educação fundamental.

além da possibilidade de avançar no plano de um direito de acesso ao ensino médio e superior, o que, contudo, não será aqui mais desenvolvido.

3.4.4.3.4. Análise crítica dos argumentos e exemplos, à luz de algumas concepções doutrinárias, e tomada de posição pessoal sobre o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais. Antes de adentrarmos a ponderação dos argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo a prestações, lançando nossa posição a respeito desta problemática, convém – inclusive a título de referencial argumentativo – colacionar algumas concepções desenvolvidas na doutrina nesta seara, salientando-se, desde já, que renunciamos a qualquer pretensão de completude, por inviável em face dos limites do estudo. A seleção dos autores tomou por referência a natureza dos exemplos citados, todos – como é possível perceber – vinculados, em maior ou menor escala, ao problema da proteção de um padrão mínimo em segurança e benefícios sociais, ou relacionados com as condições materiais de efetivação dos direitos fundamentais, o que transpareceu principalmente no que diz com as considerações extraídas dos direitos lusitano e alemão relativamente ao direito à educação (ensino).

De acordo com Christian Starck, o desenvolvimento direto, pela via interpretativa, de direitos originários a prestações das normas de direitos fundamentais não é, de regra, possível e foi objeto de enfática crítica.[384] Todavia, em que pese sua posição tendencialmente contrária, o renomado autor considera admissíveis algumas exceções, desde que atendidos os seguintes pressupostos: a) a premente e compulsória necessidade de assegurar materialmente um direito de liberdade; b) determinabilidade do conteúdo da prestação; c) garantia dos recursos necessários sem invasão da esfera de competência do legislador em matéria orçamentária; d) sujeição do direito social prestacional à cláusula vinculatória do art. 1°, inc. III, da Lei Fundamental (princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais). Os três primeiros requisitos possuem caráter cumulativo, ao passo que o último consititui decorrência deles.[385]

Tomando-se o modelo sumariamente exposto, constata-se que o autor, mediante os critérios referidos, objetivou uma relativização de sua própria concepção refratária aos direitos a prestações. De acordo com seu ponto de vista, o conteúdo do objeto da pretensão, isto é, da prestação, deve ser suficientemente determinado ou determinável, contornando a necessidade de uma concretização legislativa. A garantia dos recursos necessários sem uma intervenção na esfera orçamentária teria simultaneamente a função de evitar a incidência da limitação fática representada pela reserva do possível, assim como a de preservar a competência do legislador nesta seara, o que, segundo – em outra ocasião – reconhece o próprio autor, pode ser constatado no caso da garantia das condições existenciais mínimas, que não gera excessiva carga para o orçamento público.[386] Para além disso, verifica-se que o modelo de Starck adere à concepção de que ao Estado incumbe assegurar as condições materiais para a efetiva fruição dos direitos fundamentais, evitando, de tal sorte, o seu esvaziamento. Saliente-se, nesse sentido, que esta circunstância nada tem a ver com a objeção, formulada pelo próprio autor, no sentido de que o reconhecimento de direitos sociais

[384] Cf. C. Starck, *in: Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte*, p. 21 e ss.

[385] Cf. C. Starck, *in: BVerfG und GG II*, p. 526.

[386] Cf. C. Starck, *in: JuS 1981*, p. 242.

com base numa transmutação interpretativa dos direitos fundamentais extrapola os limites da hermenêutica, ainda que se reconheça que a presença dos critérios referidos também deve ser aferida por meio da interpretação, além de corresponder à premissa metodológica de que os direitos de liberdade, para além de sua função defensiva, também asseguram os pressupostos materiais do exercício da liberdade.

A tentativa envidada por Rüdiger Breuer, no sentido de fundamentar o reconhecimento de direitos fundamentais originários a prestações no âmbito de uma solução de cunho minimalista, é tida como uma das mais importantes nesta seara e não pode ser desconsiderada.[387] Partindo da constatação de que no Estado prestacional moderno o indivíduo se encontra numa dependência existencial da atuação dos poderes públicos, Breuer sustenta que a plena realização da justiça social na condição de tarefa acometida ao Estado apenas pode ser aferida com base no parâmetro do grau de garantia das liberdades fundamentais, razão pela qual direitos subjetivos a prestações apenas podem ser reconhecidos à medida que indispensáveis à manutenção da liberdades fundamentais, pressupondo que o indivíduo não se encontra mais em condições de – sem o auxílio do Estado – exercer autonomamente sua liberdade.[388]

Sem adentrar aqui o exame dos diversos exemplos referidos por Breuer (dentre os quais destacamos o direito às condições existenciais mínimas, o financiamento das escolas particulares e o acesso a instituições públicas), constata-se que em todos os casos a liberdade fundamental dos particulares se encontra gravemente ameaçada. O próprio Breuer ressalta, contudo, que a garantia de um *standart* mínimo, bem como a busca de um padrão ótimo em termos de justiça distributiva, constituem, em princípio, tarefa cometida ao legislador, de tal sorte que direitos subjetivos a prestações apenas serão admissíveis quando o órgão legislativo descumprir de tal maneira sua função, a ponto de colocar seriamente em risco as liberdades fundamentais.[389] No tocante a esse aspecto, apontou-se para a pertinência da saída oferecida pela concepção de Breuer, porquanto que no âmbito de um padrão minimalista, a objeção habitual de uma invasão da competência do legislador não teria aplicação.[390] Por outro lado, posicionando-se de forma crítica, houve quem referisse as dificuldades de se determinar qual o conteúdo deste *standard* mínimo em proteção a ser assegurada mediante prestações materiais, ressaltando-se a inviabilidade de formular-se um padrão genérico nesta seara, fazendo-se indispensável uma análise casuística, à luz das circunstâncias do caso concreto, de tal sorte que o modelo de Breuer não poderia assumir a feição de uma teoria geral dotada da necessária funcionalidade.[391]

O terceiro modelo a ser sumariamente apresentado é o do conhecido jusfilósofo germânico Robert Alexy, que, em virtude de sua repercussão e de sua originalidade, merece ser destacado. Alexy empreendeu a tentativa de harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais numa concepção calcada na ideia da ponderação entre princípios. Assim, se de um lado temos o princípio da liberdade fática (ou liberdade real), do outro encontram-se os princípios da com-

[387] Nesse sentido, as referências de F. Müller/B. Pieroth/L. Fohmann, *Leistungsrecht im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, p. 68. Mais recentemente, D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 284-5.

[388] Cf. R. Breuer, *in: FS für das BVerwG*, p. 91 e ss.

[389] Cf. R. Breuer, *in: FS für das BVerwG*, p. 119.

[390] Essa a ponderação de H. von Heinegg e U. Haltern, *in: JA 1995*, p. 341.

[391] Nesse sentido, as pertinentes observações de D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 284-5.

petência decisória do Legislativo, o princípio da separação dos Poderes e princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros, outros direitos sociais ou mesmo bens coletivos.[392] Muito embora o próprio Alexy reconheça que seu modelo não define quais direitos sociais o indivíduo efetivamente possui, demonstrando apenas que pode tê-los, sua concepção estabelece alguns parâmetros genéricos, que permitem o reconhecimento de direitos orignários a prestações nas seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta. Para Alexy, tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde.[393]

Ainda que se queira denominar o modelo de Alexy como sendo uma concepção minimalista genérica,[394] constata-se que também este autor – que nesse aspecto se aproxima da proposta formulada por Breuer – reconhece que a indispensável ponderação haverá de ser efetuada levando em conta os pressupostos genéricos referidos, à luz do caso específico de cada direito social.[395] Por outro lado, é possível opor-se a esta concepção, na medida em que igualmente revela uma dimensão nitidamente minimalista, as mesmas considerações críticas dirigidas contra a formulação de Breuer.

Tomando-se os três modelos ora apresentados, constata-se, desde logo, que todos aderem à noção de um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais, que têm por objeto evitar o esvaziamento da liberdade pessoal, assegurando, de tal sorte, uma liberdade real, o que também transparece nitidamente dos exemplos concretos garimpados na experiência germânica. Nesse sentido, há que referir a circunstância – apontada por Murswiek – de que uma garantia social mínima, caso não se pretenda restringi-la à perda total da funcionalidade do direito de liberdade para o indivíduo, fatalmente acabaria por extrapolar quaisquer limites, razão pela qual imprescindível uma análise vinculada ao caso concreto.[396] Tal crítica, embora justificada, não fulmina a essência da concepção minimalista, já que o *quantum* a ser prestado no âmbito de um padrão mínimo em prestações sociais nada tem a ver com a fundamentação teórica em si, isto é, da possibilidade de reconhecer-se, em princípio, um direito subjetivo individual nesta seara. Se, contudo, é possível ir além das fronteiras deste patamar mínimo em segurança social, isso foi deixado em aberto por todas as concepções referidas.

O que importa ressaltar, nesse contexto, é em que medida são efetivamente contornáveis as objeções habitualmente dirigidas contra os direitos originários a prestações, na condição de autênticos direitos subjetivos. Desde logo, verifica-se que uma determinação ou determinabilidade do objeto da prestação[397] diz com aspecto ligado

[392] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 465.

[393] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 465-6.

[394] Esta a observação de D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 284.

[395] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 465-6.

[396] Cf. D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 284-5.

[397] Tal como referido por C. Starck, *in: BVerfG und GG II*, p. 526.

à forma de positivação (e, portanto, com uma carência de concretização decorrente da incompletude da norma), e não diretamente vinculado à manutenção de um padrão mínimo, aspecto essencialmente relacionado com o *quantum* a ser prestado. Comum a todos os exemplos e concepções é a problemática da reserva do possível, por sua vez ligada à objeção de uma reserva de competência parlamentar nesta seara e de uma afronta ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, as propostas de Starck e Breuer aproximam-se quando partem do pressuposto de que, em se tratando de um *standard* mínimo de proteção social, não haveria cogitar de uma sobrecarga orçamentária, o que, contudo, em nada altera a essência do problema: ou a decisão sobre as políticas públicas e a respectiva aplicação de recursos se encontra na esfera da competência do legislador, ou não. Outro aspecto que se impõe seja considerado diz com a efetiva disponibilidade dos recursos materiais, já que, mesmo em se cuidando de uma decisão tomada na esfera legislativa, a prestação fatalmente ficaria prejudicada pela ausência dos meios necessários.

O que as concepções referidas entendem por prestações sociais mínimas não ficou claro. Tomando-se os modelos de Starck e Breuer, verifica-se que ambos partem do pressuposto de que, no caso das condições existenciais mínimas e do financiamento das escolas particulares, a insignificância da prestação (de acordo com o patamar das condições existenciais mínimas) e a diminuição dos gastos públicos com a educação (ante a existência de uma rede particular de ensino, ainda que subsidiada), uma sobrecarga do orçamento pode ser tida como excluída ou, pelo menos, irrelevante. Aqui a argumentação de Alexy nos parece mais segura e convincente, já que também prestações mínimas sempre apresentam uma inequívoca relevância financeira, repercutindo na esfera orçamentária. Importante é que se tenha em mente – de acordo com Alexy – que o princípio da competência orçamentária do Legislativo não assume (e nem poderia) feições absolutas, já que eventualmente direitos individuais podem vir a preponderar, sem desconsiderar que até mesmo direitos de liberdade por vezes apresentam relevância econômica.[398] Relativamente ao argumento de que em tempos de crise até mesmo a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a necessária flexibilidade econômica, Alexy pondera que justamente em tais circunstâncias uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera social, por menor que seja, se revela indispensável.[399]

Decisiva parece-nos a observação de Alexy no que concerne à ponderação entre os valores em conflito, no sentido de que a garantia de um padrão mínimo em segurança social (ou de direitos sociais mínimos) não pode afetar de forma substancial outros princípios constitucionais relevantes. De acordo com esse critério, um direito originário a prestações sociais apenas pode ser reconhecido por meio de uma ponderação de valores e bens, já que uma colisão com os direitos de defesa (ou mesmo outros direitos sociais), bem como com outros princípios constitucionais e valores comunitários, se revela incontornável.

Nesse contexto, percebe-se que, de acordo com Alexy, apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e se tiver como consequência uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social. Com isso, traçou-se um limite ao reconhecimento de direitos originários a prestações sociais, de tal sorte que, mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo (no qual a perda absoluta da funcionalidade do direito fundamental está em jogo), o sacrifício de outros direitos não parece ser tolerável.

[398] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 466.

[399] Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 467.

No âmbito da doutrina luso-brasileira, também podem ser encontradas algumas interessantes concepções a respeito da problemática em exame, destacando-se os nomes de Gomes Canotilho, Celso A. Bandeira de Mello, Luís R. Barroso e Eros R. Grau, cujos argumentos, contudo, já foram sumariamente apresentados ao longo desta exposição. Saliente-se, desde logo, que o modelo de Gomes Canotilho, caracterizado por sua habitual originalidade, se aproxima sensivelmente da proposta de Alexy (especialmente no que diz com a formatação das diversas posições jurídico-subjetivas de natureza prestacional), além de considerar, consoante já referido, a argumentação que advoga a existência de direitos a prestações implícitos no âmbito de proteção de determinados direitos fundamentais de liberdade, como se constatou no exemplo do direito ao ensino, pressuposto na liberdade de escolha da profissão.

Desde logo, constata-se que o problema do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais se encontra intimamente vinculado ao questionamento dos próprios limites do Estado social de Direito. Partindo-se da premissa – por mais que se queira questioná-la – de que a existência de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência do Estado social de Direito consagrado pela nossa Constituição, é de perguntar-se, todavia, até onde vai a obrigação dos poderes públicos no que diz com a realização da justiça social, questão umbilicalmente vinculada à do *quantum* em prestações sociais assegurado pelas normas de direitos fundamentais e que pode ser judicialmente reclamado pelos particulares. Aqui permanecem em aberto – entre outras – três questões de crucial importância, quais sejam: a) se o reconhecimento de direitos fundamentais originários (na qualidade de direitos subjetivos) a prestações sociais se limita a um padrão mínimo?; b) qual é este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direitos fundamentais?; e c) mesmo no âmbito deste padrão mínimo, poder-se-á negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade, fática ou jurídica, dos recursos para sua satisfação?

De qualquer modo, retornando-se aos argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais, bem como tendo em vista os exemplos concretos discutidos e as diversas concepções desenvolvidas, não há como negar as marcantes distinções entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, dada a manifesta diversidade de seu respectivo objeto. Não nos parece viável adotar a concepção dos que, entre nós, atribuem aos argumentos que questionam a dedução de posições jurídico-subjetivas prestacionais das normas de direitos sociais (ou mesmo das normas dos direitos fundamentais em geral, como ocorre na Alemanha) um caráter meramente ideológico, e não jurídico. Como se pode constatar nos exemplos referidos, a dependência, da realização dos direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos pura retórica ou mera "ideologia".[400] Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.

[400] Nesse sentido, v., por último, P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, op. cit., p. 204.

Certamente não é isto que pretenderam ressaltar alguns dos nossos mais conceituados mestres, mas, sim, que existe – de modo especial entre nós – uma nítida tendência no sentido de negar-se pura e simplesmente aos direitos sociais sua eficácia e efetividade. Com efeito, pode-se chamar de ideológica a postura dos que tentam desqualificar os direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo aqueles que outorgam às dificuldades efetivamente existentes o cunho de barreiras intransponíveis.

Se, por um lado, pode afirmar-se que eventual abertura e indeterminação do enunciado normativo não constituem, por si só, argumento suficiente para sustentar a dependência dos direitos sociais prestacionais de interposição legislativa, já que mesmo na esfera dos direitos de defesa e até das normas organizacionais tal circunstância não impede, de regra, sua imediata aplicabilidade e eficácia, da mesma forma, é preciso reconhecer que, mesmo no caso de uma suficiente determinação do conteúdo da prestação ao nível da Constituição, isto não resultaria na neutralização da barreira fática da reserva do possível, pois, mesmo sabido exatamente o que buscar pode disto não dispor o destinatário. Demonstrou-se, nesse contexto, que o problema reside menos no grau de completude da norma do que no aspecto da alegada ausência de legitimação dos tribunais para a determinação do objeto e do *quantum* da prestação, já que, em face da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e da problemática relativa à disponibilidade dos recursos, a decisão sobre a aplicação dos recursos públicos, por sua direta implicação orçamentária, incumbe em primeira linha ao legislador. É por esse motivo – como oportunamente ressaltou Canotilho – que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF não pode, na esfera dos direitos sociais prestacionais, assumir uma dimensão de tudo ou nada, constituindo, na verdade (como já visto), postulado objetivando a maximização da eficácia dos direitos fundamentais.

Levando-se em conta os exemplos referidos, constata-se a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador. Nesse particular, assume especial relevo a íntima vinculação – destacada especialmente pela doutrina estrangeira – de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, o que se manifesta de forma contundente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso do direito à saúde, muito embora estes direitos não esgotem as possibilidades do assim chamado mínino existencial. Lembrando-nos de que, se atentarmos contra a dignidade, estaremos, na verdade, atentando contra a própria humanidade do indivíduo. Além disso, é preciso ressaltar que ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental, ou não).[401]

Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de aten-

[401] Impõe-se, aqui, breve referência aos assim denominados deveres de proteção do Estado, concepção desenvolvida no âmbito da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e que teve como ponto de partida a proteção da vida, temática que, aliás, já foi por nós abordada no capítulo sobre a dupla perspectiva objetiva e subjetiva e sobre a classificação dos direitos fundamentais.

dimento médico etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.[402]

Mas, e onde não está em jogo a mera existência física do indivíduo? Existe algum patamar mínimo a ser necessariamente realizado, a ponto de não incidirem as limitações impostas pela reserva do possível? Tomando-se o exemplo do direito à educação, poder-se-á sempre afirmar que negar, em face de argumentos como o da ausência de recursos, até mesmo o acesso ao ensino fundamental não chega a comprometer a existência do indivíduo. A resposta a esta indagação, contudo, passa pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que indubitavelmente pressupõe um certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal – como assinalado em outra ocasião – constitui exigência indeclinável da própria dignidade.

Nesse sentido, não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência. O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convenciona denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. A ideia subjacente ao modelo de Canotilho e dos autores germânicos referidos parece ser precisamente esta: onde faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias de sentido.

O modelo de Alexy oferece-nos, para além do exposto, uma linha de orientação, embora não fechada e carente de maior desenvolvimento para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto (e, portanto, necessariamente afinada com as exigências da proporcionalidade), já que estabelecer, nesta seara, uma pauta abstrata e genérica de diretrizes e critérios efetivamente não nos parece possível. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar

[402] Nesse ponto, ao que parece, há convergência com o pensamento de R. L. Torres, *A Cidadania Multidimensional...*, p. 292 e ss., para quem, no âmbito do *status positivus libertatis* (que diz com as prestações ligadas ao mínimo existencial), existe obrigatoriedade da entrega das prestações positivas, reconhecendo-se um direito público subjetivo do cidadão. Para além disso, divergimos do ilustre autor, quando nega aos direitos sociais (para além do mínimo existencial) a sua condição de fundamentais, crítica também compartilhada por A. Krell, *Controle judicial dos serviços públicos*, especialmente, p. 41 e ss, recentemente retomada e desenvolvida pelo mesmo autor na notável obra *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 19 e ss. Mais recentemente, aprofundando a temática da dignidade da pessoa humana como critério essencial à compreensão do conteúdo da noção de mínimo existencial e, além disso, igualmente sustentando a exigibilidade em Juízo das prestações indispensáveis à fruição de uma vida com dignidade, v. o importante contributo de A. P. de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, especialmente p. 247 e ss. Registre-se, contudo, que não estamos plenamente convencidos da elaboração de um elenco previamente definido de prestações (e direitos subjetivos correspondentes) que integram o mínimo existencial, tal qual propõe a ilustre autora em sua notável obra (a autora aponta a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça como constituindo os quatro direitos básicos ligados ao mínimo existencial), já que seguimos convictos de que todas as prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna (que podem variar de acordo com as circunstâncias) necessariamente compõe o mínimo existencial. Além disso, sustentamos – na esteira de Alexy – que a justiciabilidade dos direitos prestacionais (no sentido de sua exigibilidade em Juízo) – embora cogente no âmbito do mínimo para uma vida com dignidade – não se limita necessariamente a esta dimensão.

no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada.[403] Na medida em que se sustenta tal ponto de vista, mesmo onde não há direitos sociais na Constituição, como não fazê-lo relativamente ao direito pátrio, no qual a sua existência foi expressamente consagrada pelo Constituinte?

À vista do exposto, percebe-se também que – na esfera dos direitos a prestações – se impõe uma relativização da noção de direito subjetivo. Mesmo em se mantendo a estrutura de uma relação trilateral estabelecida entre o titular, o objeto e o destinatário, constata-se – em virtude das peculiaridades dos direitos a prestações – uma inevitável diferenciação no que tange à força jurídica das diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais em sua dimensão subjetiva, a exemplo, aliás, do que ocorre na esfera jurídico-objetiva. Por outro lado, não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações na condição de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em dúvida a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.[404]

Ainda no que diz aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos, notadamente no que diz com a sua condição de direitos originários a prestações, convém repisar e melhor explicitar que ao advogarmos o entendimento de que na esfera da garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado,

[403] Convém ressaltar que, para além destas duas hipóteses (direito subjetivo definitivo e direito subjetivo *prima facie*), o Prof. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 34-6, consoante já referido alhures, admite a existência de uma terceira categoria jurídico-subjetiva na esfera dos direitos a prestações. Nesse sentido, valendo-se também das lições de Alexy e baseado no direito constitucional positivo português e espanhol, sustenta que há posições jurídico-prestacionais embasadas em normas impositivas de tarefas e fins estatais que geram apenas um dever não relacional do Estado, que pode ser caracterizado como um dever objetivo *prima facie*, garantido por normas não vinculantes, como ocorre, por exemplo, com o direito ao trabalho e o correspondente dever constitucional do Estado de promover uma política de pleno emprego. Cumpre salientar que também em nossa Constituição é possível encontrar uma série de exemplos que se enquadram nesta categoria, inclusive no que diz com o direito ao trabalho e uma política de pleno emprego, respectivamente consagrados nos arts. 6º e 170, inc. VIII, da nossa Constituição. Tal posicionamento tem angariado significativo número de adeptos na doutrina pátria. Nesse sentido, em caráter ilustrativo, v., entre outros, M. A. Theodoro, *Direitos Fundamentais & Sua Concretização*, p. 120-21, e H. M. Port, *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*, São Paulo: RCS Editora, p. 109-10.

[404] Sobre a condição de direitos subjetivos dos direitos sociais v. também a recente contribuição de C. A. Mello, "Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo", *in*: o mesmo, (Coord.), *Os desafios dos direitos sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 105 e ss. No mesmo volume, vale conferir ainda os ensaios de R. Arango, *Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia*, p. 89 e ss. e o contraponto ofertado por L. F Barzotto, "Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética", p. 47 e ss. Também enfrentando a questão, embora num contexto mais amplo, v. P. G. C. Leivas, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 91 e ss. Para uma formulação teórica mais aprofundada, v. o indispensável contributo de R. Arango, *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Bogotá: Legis, 2005.

não estamos – enfatize-se esse ponto – afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que nesse plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer. Com isso, não se está abrindo mão da premissa de que mesmo no campo da garantia do mínimo existencial há espaço para alguma ponderação (no sentido mais amplo da necessidade de opções hermenêuticas), já que a própria determinação do mínimo existencial, fundado especialmente no princípio da proteção da vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, não pode ocorrer de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante (considerando fatores climáticos, culturais, econômicos etc.), como, de resto, já tivemos ocasião de apontar quando discorremos sobre o próprio conteúdo do direito à moradia,[405] na perspectiva do mínimo existencial, que, por certo, não é o mesmo na Europa e no litoral de uma região tropical.

De outra parte, resulta igualmente evidente que – consoante admitido pelo próprio Alexy e já frisado – mesmo no plano de um mínimo existencial (inclusive quando restrito a um mínimo de sobrevivência, a depender das circunstâncias) não deixa de ocorrer, por vezes, agudo comprometimento dos recursos públicos, especialmente em países com grandes parcelas da população compostas por pobres e miseráveis, onde, portanto, largas parcelas dos cidadãos dependem das prestações públicas na esfera da proteção social básica. Da mesma forma, o que se aplica essencialmente ao direito à saúde, prestações inequivocamente tidas como necessárias à preservação da vida ou de uma vida com um mínimo de qualidade (portanto, com dignidade) podem ser extremamente onerosas, de tal sorte que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações nesta seara (do mínimo existencial) não se fundamenta apenas na ausência de comprometimento ou no baixo comprometimento dos recursos públicos, mas também na necessidade (e na imposição constitucional!) de se priorizar as demandas vinculadas ao mínimo existencial, inclusive no que diz com eventual redistribuição de recursos ou sua suplementação, inclusive no contexto de uma repartição da responsabilidade pelo corpo social, aspectos que aqui não iremos desenvolver, muito embora – há que reconhecer – desafiem maior aprofundamento.

Retomando aqui o problema da efetiva relevância da reserva do possível, designadamente na sua dimensão fática (ou econômico-financeira, se preferirmos), importa notar que não se pode simplesmente, como pensamos já ter consignado mais atrás, desconsiderar o seu impacto. Com efeito, a noção de impossibilidade fática não pode esbarrar numa postura arrogante por parte do Jurista, como se o fenômeno jurídico pudesse prevalecer em qualquer hipótese. Nesse sentido, lembra Ana Carolina Lopes que o pedido, além de logicamente possível, no sentido de ter referência na realidade, deve estar sustentado na efetiva disponibilidade material, ou seja, na existência propriamente dita dos recursos para atender a demanda, que não pode ser confundida com a decisão sobre uma determinada alocação de recursos, que, por sua vez, pressupõe opções sobre eventuais prioridades,[406] o que, conforme já explicitado logo

[405] Cf. I. W. Sarlet, "O direito fundamental à moradia na Constituição...", op. cit., p. 415 e ss.

[406] Cf., em especial, A. C. L. Olsen, *Direitos Fundamentais Sociais*. Efetividade frente a reserva do possível, Curitiba: Juruá, 2008, p. 204 e ss. No mesmo sentido, acompanhando tal entendimento, v. P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, p. 206-207.

atrás, poderá ocorrer mesmo no campo do mínimo existencial. Além disso, há circunstâncias excepcionais, que, ou não podem ser imputadas diretamente ao Estado, ou, ainda que tenham ligação com ações ou omissões dos poderes públicos, geram uma situação de inviabilidade fática, resultando, dadas as circunstâncias e na sua pendência, em impossibilidade de atendimento parcial ou até mesmo integral de prestações sociais, como em hipóteses de graves calamidades. Se nestas hipóteses, que, de qualquer modo, precisam ser devidamente demonstradas, o que está em causa é a negativa da exigibilidade dos direitos sociais como tal ou simplesmente a sua falta de exequibilidade (integral ou parcial, mas sempre excepcional e temporária) é aspecto que aqui fica em aberto.

Cumpre anotar, aspecto que será igualmente retomado, que a noção de escassez (ou seja, a maior ou menor limitação dos recursos), em que pese essencialmente vinculada à dimensão fática da reserva do possível, como bem averba Ana Carolina Lopes Olsen, é uma noção artificial, resultado de construção humana, visto que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos (visto que há necessidades criadas, inclusive mediante estímulo externo, como bem demonstram os estudos sobre a publicidade), razão pela qual, de acordo com a lição da autora, a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.[407]

Nesse contexto, embora propriamente na esfera da impossibilidade fática, há como concordar com José Reinaldo Lima Lopes naquilo em que critica a utilização da dignidade da pessoa humana (o mesmo também poderá ser dito em relação ao mínimo existencial) como uma espécie de "abracadabra jurídico de uma sociedade em que a discussão moral – da qual procede o próprio conceito de dignidade humana – não é feito em público".[408] Por outro lado – e convém destacar isso –, se é verdade que a dignidade e o mínimo existencial são seguidamente invocados quase que em abstrato, como razão de decidir desacompanhada de um exame detalhado das circunstâncias do caso e do que efetivamente constitui uma violação da dignidade, isso não significa – como seguimos esgrimindo enfaticamente! – que tanto a dignidade da pessoa humana quanto a dimensão mais concreta (mas sempre ainda aberta) do mínimo existencial – não sigam sendo critérios materiais cogentes, desde que devidamente contextualizados e justificados, a serem considerados no processo (também judicial) decisório, envolvendo direitos sociais e políticas públicas.

A referência ao fato de que a concessão judicial de prestações sociais a determinados indivíduos por vezes traz consigo efeitos perversos em termos de justiça distributiva e estimula o assim designado "free-rider" (carona ou predador)[409] também há de ser relativizada. Em primeiro lugar, importa recordar que o princípio da igualdade (alegadamente violado nesses casos) não pode implicar na violação da dignidade concreta de cada cidadão, ainda mais quando o impacto negativo para os seus pares (por exemplo, a possível inexistência de recursos para satisfação de necessidades básicas de terceiros)

[407] Cf. A. C. L. Olsen, *Direitos Fundamentais Sociais*. Efetividade frente a reserva do possível, Curitiba: Juruá, 2008, p. 201.

[408] Cf. J. R. L. Lopes. *Direitos Sociais. Teoria e Prática*, p. 237.

[409] Cf., ainda, J. R. L. Lopes, *Direitos Sociais. Teoria e Prática*, p. 236 e ss. Em perspectiva similar, v. também as ponderações críticas de V. A. da Silva, "O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais", *in*: C. P. Souza Neto e D. Sarmento (Coord.), *Direitos Sociais*, p. 594 e ss.

na maior parte dos casos não é objeto de demonstração plausível e, de resto, não impede uma realocação de recursos no âmbito do sistema. Além do mais, desconsidera-se a relevância do direito de ação (mesmo individual) como forma de manifestação concreta da cidadania ativa e instrumento de participação do indivíduo no controle social sobre os atos do poder público. Que a tutela processual coletiva parece ser a mais adequada em termos gerais (mas nem sempre!) e que Juízes e Tribunais devem ser mais cuidadosos na ponderação dessas e de outras variáveis ao decidirem sobre a concessão, ou não, de um benefício social, resulta evidente e reclama permanente desenvolvimento.

Precisamente nesta quadra é que chama a atenção a tentativa de deslegitimar a tutela individual dos direitos sociais a prestações, mediante o recurso – este sim falacioso – ao argumento da titularidade coletiva de tais direitos. Sem que se vá aqui retomar o ponto (desenvolvido no capítulo da titularidade dos direitos fundamentais), não há como sustentar que os direitos sociais sejam equivalentes a direitos coletivos, não tendo, portanto, uma dimensão individual. Além de equivocada a negativa da titularidade individual (ainda que coexistente com uma dimensão coletiva) dos direitos sociais, ainda mais na esfera dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial, que, como deflui dos exemplos do direito à alimentação e saúde (mas não apenas nestes casos) somente pode ser adequadamente aferido à luz das circunstâncias de cada pessoa individualmente considerada, também se verifica uma confusão (consciente, como é perceptível em muitos casos, embora não necessariamente com o intuito de obstaculizar a efetividade dos direitos sociais) entre a titularidade e a via mais adequada de tutela processual dos direitos sociais.

Se é possível partir, consoante já adiantado e atualmente preconizado por importantes vozes no âmbito da doutrina, de uma posição de preferência da tutela coletiva, que possui a virtude inequívoca de minimizar uma série de efeitos colaterais da justiciabilidade dos direitos sociais (por exemplo, aspectos ligados à isonomia),[410] também é certo que a eliminação da possibilidade de demandas individuais constitui, por si só, uma violação de direitos fundamentais, inclusive pelo fato de ser, em determinadas circunstâncias, a maneira mais apropriada e mesmo necessária, de tutela do direito, sem prejuízo aqui do argumento de que a titularidade dos direitos sociais é sempre também e, em determinados casos, em primeira linha, individual.[411]

O que não se pode esquecer é que nem a previsão de direitos sociais na Constituição, nem sua positivação na esfera infraconstitucional têm o condão de, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o suficiente instrumental para a sua concretização, assim como a efetiva implantação dos direitos sociais a prestações não pode ficar na dependência exclusiva dos órgãos judiciais, por mais que estes cumpram destacado

[410] Cf., por último e em especial, as contribuições de L.R. Barroso, "Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial", *in*: *Direitos Sociais*, p. 897 e ss.; A. P. Barcellos, "O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata", *Direitos Sociais*, p. 815 e ss.; C. P. Souza Neto, "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", *in*: *Direitos Sociais*, p. 543 e ss.; D. Sarmento, "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", *in*: *Direitos Sociais*, p. 583 e ss.

[411] Sobre a controvérsia em torno da tutela processual individual e/ou coletiva de direitos sociais, v., explorando o exemplo do direito à saúde, I. W. Sarlet, "A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde", *in*: M. A. de Brito Nobre; R. A. Dias da Silva, *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 117-148.

papel nesta esfera. No que tange a esse aspecto, importa consignar a oportuna lição de Dieter Grimm, ilustre publicista e Juiz do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, para quem a efetividade dos direitos fundamentais (e não exclusivamente dos direitos sociais) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve exclusivamente no âmbito do sistema jurídico, transformando-se em problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.[412]

No mesmo sentido, há quem tenha afirmado que um planejamento político-administrativo constitui condição procedimental e organizacional para a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais.[413] Importante é ter sempre em mente que mesmo uma Constituição do Estado Social não pode negligenciar o patamar de desenvolvimento social, político, econômico e cultural da comunidade, sob pena de comprometer seriamente sua força normativa e suas possibilidades de alcançar uma plena efetividade.[414]

Nesse quadro, há que fazer pelo menos breve referência à relevância do direito ao desenvolvimento econômico e social e ao problema de sua eficácia e efetividade como pressuposto para a garantia das condições basilares para o próprio desenvolvimento da pessoa humana (a partir da fruição de uma vida com dignidade, no âmbito do já referido mínimo existencial) e, portanto, para o efetivo exercício das liberdades, na esteira do que vem sustentando autores do porte de um Amartya Sem.[415] Como o desenvolvimento (econômico e social em primeira linha) também não poderá dispensar um planejamento (direcionamento e coordenação) das atividades estatais, a importância de um adequado planejamento a partir das prioridades enunciadas – como o são no caso brasileiro – na Constituição,[416] resulta enrobustecida não apenas a função estratégica do planejamento em si, mas também a necessidade de procedimentos adequados e eficientes para um planejamento seguido de efetivos resultados, bem como a imprescindibilidade de mecanismos de controle variados (sociais, políticos e jurídico-jurisdicionais) do próprio planejamento, mas acima de tudo de sua implementação. Que o controle da administração pública passa a ser também um controle voltado ao objetivo de assegurar um desenvolvimento sustentável e envolve até mesmo o controle no âmbito da discricionariedade técnica, visto que esta não pode servir de blindagem para ações estatais (ou mesmo privadas) em manifesto desvio de finalidade e ao arrepio da ordem jurídico-constitucional, nos parece elementar,

412 Cf. D. Grimm, *in: Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, p. 72. Entre nós, embora em outro contexto, vale registrar a contribuição de C. M. Clève, *Temas de Direito Constitucional*, p. 127, propondo uma "política dos direitos do homem"; em sentido similar, C. Courtis e V. Abramovich, em seu alentado estudo sobre o tema (v. o já citado *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 117 e ss.) apontam a existência de um complexo de estratégias de cunho direto e indireto (das quais a via judicial é apenas uma, embora relevante) aptas a implementar os direitos sociais.

413 Cf. P. Badura, *in: Der Staat* nº 14 (1975), p. 45.

414 Essa a ponderação de J.-P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, p. 52.

415 Muito embora essa perspectiva permeie boa parte dos demais textos do autor (como é o caso dos livros Desigualdade Reexaminada e Ética e Economia), a concepção foi especialmente construída na obra *Desenvolvimento como Liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Convém notar, todavia, que o texto de Amartya Sem não constitui uma obra que focaliza apenas o direito humano e fundamental ao desenvolvimento como tal, mas que, dentre outros tantos aspectos correlatos, trabalha a ideia de que as liberdades (a sua garantia e fruição efetiva pelo maior número de pessoas) não são apenas fins primeiros do desenvolvimento, mas também são os meios principais pelos quais se poderá alcançar um pleno desenvolvimento, revelando, portanto, o vínculo genético e intrínseco (além de dialético e dinâmico) entre liberdades (direitos humanos e fundamentais de um modo geral, há como afirmar) e desenvolvimento.

416 Nesta perspectiva, v. G. Bercovici, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, p.191 e ss., e, mais recentemente, A. G. Bontempo, *Direitos Sociais...*, p. 202 e ss.

embora quanto ao como do controle, especialmente do controle jurisdicional, se possa discutir sobre seus limites.[417]

Como dá conta a problemática posta pelo "custo dos direitos", por sua vez, indissociável da assim designada "reserva do possível" (que, consoante já visto, não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais) a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público,[418] assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal,[419] o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos efetiváveis e efetivados e envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações injustificadamente restritivas no que diz com a legitimação do Ministério Público para atuar na esfera da implementação também dos direitos sociais.[420]

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes.[421]

417 Sobre o tópico, bem explorando a tutela jurisdicional na esfera da regulação econômica e das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento, v., por todos, P. G. França, *O Controle da Administração Pública*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

418 Sobre a participação democrática, e de modo geral, o controle social do orçamento público e da atuação do poder público na consecução das metas constitucionalmente fixadas, v., entre nós e dentre outros, o instigante ensaio de F. F. Scaff, "Controle Público e Social da Atividade Econômica", *in: Anais da XVII Conferência Nacional de OAB*, vol. 1, 1999, p. 925-941, bem como, mais recentemente, a monografia de A. da C. Ricardo Schier, *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

419 Cf. R. G. Leal, *Estado, Administração Pública e Sociedade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. especialmente p. 57 e ss, cuidando do tema à luz da teoria discursiva e da concepção de uma democracia deliberativo-procedimental de matriz habermasiana.

420 Sobre o tópico, designadamente a respeito da atuação do Ministério Público nesta seara, v., entre outros, o recente estudo de P. R. F. Porto, *Direitos Fundamentais Sociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

421 Considerando não ser o nosso propósito desenvolver e aprofundar nesta obra o debate sobre a legitimidade constitucional do controle judicial de constitucionalidade de atos do poder executivo e legislativo, notadamente no âmbito das políticas públicas e da efetivação de direitos sociais prestacionais, remetemos o leitor à preciosa bibliografia nacional que tem sido publicada nos últimos anos. Nesse sentido, v., dentre tantos (aqui apenas no que diz com a produção monográfica), especialmente os notáveis contributos de L. L. Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2003; C. A. Mello, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2004, S. F. Moro, *Jurisdição Constitucional como Democracia*, 2004, E. Appio, *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*, 2005, A. B. Freire Jr., *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, São Paulo: RT, 2005, M. P. D. Bucci, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva, 2006, M. P. D. Bucci (Org.), *Políticas Públicas*. Reflexões sobre um conceito jurídico, São Paulo: Saraiva, 2006, J. C. Dias, *O controle judicial de políticas públicas*, São Paulo: Método, 2007, T. L. Breus, *Políticas Públicas no Estado Constitucional*: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea, Belo Horizonte: Fórum, 2007, N. de Melo Jorge Neto, *O controle*

Nesse sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando é na medida do necessário), efetivamente, há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é levar a sério o problema da escassez.[422] Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e da eficiência,[423] que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.

Nesse contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a discussão em torno da assim designada "reserva do possível" na condição de limite fático e jurídico

jurisdicional das políticas públicas. Concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais, Salvador: Jus Podivm, 2008, P. G. França, *O Controle da Administração Pública*, São Paulo: RT, 2008 (embora com abordagem mais ampla, não focalizando as políticas públicas, mas igualmente com importantes desenvolvimentos a respeito do problema)., I, Figueiredo, *Políticas Públicas e Realização dos Direitos Sociais*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006, todos, ainda que mediante fundamentos e perspectivas em parte diferenciadas e mesmo reconhecendo, em diversas circunstâncias, limitações impostas ao Poder Judiciário, afirmando, com ênfase, a legitimação dos órgãos jurisdicionais para o controle, no âmbito do que vem sendo designado de uma postura substantivista. Abordando o tema pelo prisma das funções da jurisdição constitucional e reconhecendo também uma expansividade da sua atuação, v. ainda, A. R. Tavares, *Teoria da Justiça Constitucional*, 2005. Sobre o tema v., ainda, A. P. Grinover e K. Watanabe (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Privilegiando, em contrapartida, uma perspectiva procedimental e mais ou menos resistente à intervenção jurisdicional, v. as igualmente relevantes obras de C. P. Souza Neto, *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, 2002; C. P. Souza Neto, G. Bercovici, J. F. de Moraes Filho e M. M. Barreto Lima, *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*, 2003, Á. R. de Souza Cruz, *Jurisdição Constitucional Democrática*, 2004; F. F. Scaff e A. G. M. Maués, *Justiça Constitucional e Tributação*, São Paulo: Dialética, 2005 (com destaque aqui para o primeiro e último capítulo, M. L. Cattoni (coord.), *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, em especial os ensaios reunidos na parte III, bem como, A. R. de Souza Cruz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate*, Belo Horizonte: Fórum, 2007, com destaque para o capítulo 7, onde o autor bem explora uma perspectiva crítico-deliberativa em matéria de direitos sociais. A. P. Grinover; K. Watanabe (Coords.), *O Controle Judicial das Políticas Públicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. Da mesma forma, L. Coelho Ávila, *Políticas Públicas de Prestação Social*: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. Avançando e investindo na perspectiva democrática-deliberativa, v. C. P. de Souza Neto, *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Advogando uma perspectiva restritiva e eminentemente procedimentalista, v. também G. A. Saavedra, *Jurisdição e Democracia*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. R. G. Leal; M. C. Hennig Leal (Org.), *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos*: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Para uma análise do tema apartir de uma avaliação crítica das decisões do STF em matéria de direitos sociais e da sua justiciabilidade, confira-se a recente contribuição de J. L. M. Esteves, *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Método, 2007, especialmente p. 91 e ss. Também J. R. L. Lopes, *Direitos Sociais. Teoria e Prática*, p. 221 e ss., discute o problema da justiciabilidade mediante análise crítica de decisões dos Tribunais. No que diz com a jurisprudência, para além dos exemplos já colacionados, importa destacar aqui – pela sua íntima vinculação com a temática – a decisão proferida pelo STF, no âmbito da ADPF 45/MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, admitindo o processamento da arguição contra *veto do Presidente da República* (inovando de forma expressiva no campo da doutrina nos atos de poder, usualmente designados de *interna corporis*), além de afirmar a viabilidade do controle jurisdicional de políticas públicas no campo dos direitos sociais (destacando também a dimensão política da jurisdição constitucional) especialmente no que diz com a garantia do "mínimo existencial". Ainda que não tenha ocorrido o julgamento de mérito, tal decisão é indicativa de uma abertura substancial no trato da matéria pelo STF, que já vinha, há algum tempo, avançando no que diz com o reconhecimento de direitos subjetivos individuais a prestações (com destaque para a saúde), tal como já ilustrado nas páginas antecedentes. Nesta mesma linha situa-se a decisão do STF no RE nº 436996/SP, também relatada pelo Ministro Celso de Mello, sustentando o direito da criança até seis anos de idade a atendimento em creche e pré-escola.

[422] Cf. Holmes & Sunstein, *The Cost of Rights...*, p. 94 ("Taking rights seriously means taking scarcity seriously"), bem como, de modo geral, p. 87 e ss., onde os autores demonstram como a escassez afeta as liberdades e discutem o papel do Poder Judiciário na imposição de encargos ao poder público, notadamente no que diz com a alocação de recursos.

[423] A respeito da relevância e da operatividade do princípio da eficiência no campo da efetivação de direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, v., entre outros, F. Galdino, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, p. 255 e ss., ainda que se possa discordar do autor no que diz com alguns aspectos de sua proposta teórica, o que aqui não será objeto de desenvolvimento. Sobre as dimensões e possibilidades do princípio (e dever) de eficiência no campo da efetividade dos direitos fundamentais v., por último, P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, em particular o capítulo 2.

à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas sociais prestacionais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas,[424] também é certo que as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia, como já se disse mais de uma vez entre nós. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Assim, levar a sério a "reserva do possível" (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.[425] Nesse mesmo sentido, como bem averba Gerardo Pisarello, é preciso ter presente que o economicamente possível ou razoável não pode ser simplesmente presumido, existindo um dever de demonstração por parte dos órgãos públicos.[426] Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribui para a "produtividade" da reserva do possível,[427] há que explorar outras alternativas disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar – no mínimo no que diz com as prestações básicas, o seu impacto.

Nesse contexto, também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais (e dos particulares, se e quando for o caso, como ocorre especialmente nas hipóteses de prestação de serviços públicos por delegação)[428] e que incide na sua dupla dimensão como proibição

[424] Cf. a oportuna advertência de J. Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., p. 211.

[425] De que é o poder público quem tem, em princípio, o ônus da prova, posição essa que já vínhamos sustentando, passou a ser noção compartilhada por uma série de autores entre nós, que têm aderido a tal linha argumentativa. Nesse sentido, v., entre outros e mais recentemente, D. Sarmento, "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", *in*: *Direitos Sociais*, p. 572; C. P. Souza Neto, "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", *in*: *Direitos Sociais*, p. 545 e ss.; P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, p. 204. No âmbito da jurisprudência, destaca-se, por último, decisão do Supremo Tribunal Federal referindo que cabe ao órgão estatal a prova da efetiva lesão ao erário público, aspecto que, embora não tenha sido o principal, contribuiu para o resultado do julgamento em prol da concessão do medicamento em demanda individual (Suspensão de Tutela Antecipada nº 268-9, RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 22.10.08)

[426] Cf. G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, p. 102, destacando que cabe aos órgãos estatais demonstrar: a) o emprego do máximo esforço no âmbito do máximo dos recursos disponíveis para satisfazer os direitos em questão; b) a coleta e difusão suficiente a respeito das necessidades existentes; c) a supervisão efetiva do cumprimento das metas já estabelecidas e o estabelecimento de metas futuras adequadas; d) que tais planos contemplem adequadamente soluções eficientes para os grupos mais necessitados.

[427] Enfatizando que não há como ignorar a contingência da limitação de recursos, mas relativizando a sua incidência no campo do mínimo existencial, além de apontar para a necessidade de priorização das destinações orçamentárias, v., mais uma vez, A. P. Barcellos, *A Eficácia Jurídica das Princípios Constitucionais...*, especialmente p. 236 e ss.

[428] Sem que se possa aqui discorrer sobre a natureza, função e mesmo o controle da prestação de serviços públicos com base nos direitos fundamentais, registra-se ser no mínimo questionável a afirmação de que, embora os serviços públicos sejam essenciais ao exercício de alguns direitos fundamentais, não há um direito fundamental de acesso aos serviços públicos, como parece afirmar A. S. Aragão, "Serviços Públicos e Direitos Fundamentais", *in*: D. Sarmento e F. Galdino (Org.), *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3. Com efeito, considerando-se que a prestação de serviços públicos, especialmente os enquadráveis como essenciais (sendo, de qualquer sorte, discutível a existência de serviço não essencial no contexto do Estado social

do excesso e de insuficiência,[429] além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isso significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância[430] (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade – no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. Nesse contexto, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial, que volta a assumir um lugar de destaque também por esse prisma.

Sem que se possa aqui, dada a limitada capacidade de expansão do presente texto, aprofundar a questão como seria desejável, verifica-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira tem enfatizado a relevância da assim designada proibição de proteção insuficiente (ou deficiente) como critério a balizar a intervenção judicial no plano da efetividade dos direitos sociais, seja no que diz com o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações (ou mesmo sua negação, a depender das circunstâncias), quanto no que concerne ao controle de políticas públicas, sejam elas veiculadas por atos legislativos, sejam elas promovidas pela administração pública. Nesta perspectiva, colacionando-se argumentação extraída de decisão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, correta a afirmação de que se ao Estado cabe a obrigação de criar os pressupostos fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais em geral, assim como a obrigação de dar concretização

e democrático de Direito na sua feição atual) diz diretamente com a efetiva fruição dos direitos fundamentais na sua dupla dimensão negativa e positiva (basta recordar os exemplos da segurança pública, do acesso à justiça, do saneamento básico, do fornecimento de energia, bem como das prestações em matéria de educação e de, saúde, entre outros) no mínimo haveria de se reconhecer um direito fundamental a todos os serviços públicos essenciais. De todo modo, a despeito da divergência apontada, o próprio autor referido, em seu importante e culto ensaio, não deixa de enfatizar que "o fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público é ser pressuposto da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos" (op. cit., p. 2).

[429] Sobre o ponto, v. especialmente, dentre outros no âmbito da doutrina estrangeira, C. W. Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, especialmente p. 119 e ss., e, entre nós, o nosso "Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e a proibição de insuficiência", *in*: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, mar.-abr. de 2004, p. 60-122 , L. L. Streck,"Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais", *in*: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* nº 2, 2004, p. 243-284), e, mais recentemente, L. Feldens, *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 107 e ss.

[430] No que diz com a terminologia adotada (que, no nosso caso, é a de proibição de insuficiência), são várias as opções disponíveis na literatura, como dão conta as contribuições de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 267 e ss. (proibição por defeito, entre nós adotada por L. L. Streck, "Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente...", p. 243 e ss. e L. Feldens, *A Constituição Penal...*, p. 108 e ss, que fala em proteção deficiente, e J. Freitas, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, p. 38 ess. (proibição de inoperância), não sendo o nosso intento adentrar aqui a discussão em torno do tópico.

aos direitos sociais em particular, necessária a viabilização da intervenção jurisdicional no sentido de evitar que a omissão ou ação precária do poder público venha a caracterizar uma hipótese de proteção insuficiente, que, portanto, resulte em violação de direitos fundamentais,[431] precisamente pelo fato de não atingidos os limites mínimos exigíveis de satisfação de determinadas prestações.[432]

Como bem averba Walter Rothenburg, no campo da efetivação dos direitos fundamentais como direitos a prestações, trata-se de uma complementação da perspectiva "negativa", centrada no controle das restrições indevidas, pela perspectiva "positiva" da proporcionalidade, visto que centrada no combate a omissões (e atuação insuficiente de um modo geral, há que acrescentar) indevidas.[433] Que, por sua vez, também em matéria ligada aos direitos a prestações e sua exigibilidade, não se poderá negligenciar os critérios que devem orientar tanto a efetiva incidência de um dever de proteção, quanto a decorrente aplicação da proibição de insuficiência, consoante já adiantado mais atrás (v. 1ª Parte, capítulo 5, supra), há de ser sempre lavado em consideração. Da mesma forma, imprescindível a observância do necessário equilíbrio entre a proibição de insuficiência (que afere a extensão da intervenção estatal na realização de deveres de proteção e promoção de direitos fundamentais) e a simultânea atenção aos critérios da proporcionalidade na condição de parâmetro para aferição da tutela (na condição de direitos de defesa) dos direitos fundamentais eventualmente colidentes ou outros bens jurídico-constitucionais porventura afetados pela intervenção estatal que busca realizar o direito a prestações. Quanto a esse aspecto, que diz respeito ao problema dos limites e restrições aos direitos fundamentais, remetemos ao capítulo próprio (v. 2º Parte, capítulo 4), onde se poderá encontrar considerações adicionais, ainda que igualmente não exaustivas.

Outra possibilidade, já referida, diz com o controle (que abrange o dever de aperfeiçoamento, resultante dos deveres de proteção) judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral[434] (inclusive da que dispõe sobre a responsabilidade fiscal), já que com isso se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível, notadamente no que diz com sua componente jurídica, tendo em conta a possibilidade (ainda que manuseada com saudável e necessária

[431] Cf., por exemplo, as decisões proferidas na Suspensão de Liminar n° 235-0, Tocantins, j. em 08.07.2008 e na Suspensão de Tutela Antecipada n° 241-7, Rio de Janeiro, j. em 10.10.2008, ambas proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes, e ambas versarido sobre a proteção da infância e juventude, embora o objeto dos pedidos seja distinto.

[432] Nesse sentido, v., por todos, P. G. C. Leivas, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 76.

[433] Cf. W. C. Rothenburg. "Princípio da proporcionalidade", *in*: O. de Oliveira Neto e M. E. de Castro Lopes, *Princípios Processuais Civis na Constituição*, São Paulo: Elsevier, 2008, p. 310.

[434] Consigna-se que, a despeito de correta a observação de F. F. Scaff, "Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos", *in*: *Revista Interesse Público*, nº 32, 2005, p. 225, de que embora tenhamos – na esteira de Alexy – sustentado a aplicação de um modelo de ponderação na solução concreta dos problemas envolvendo a eficácia e efetividade dos direitos sociais (não apenas, mas com ênfase no mínimo existencial) não nos dedicamos ao problema financeiro-orçamentário, isto não significa que tal aspecto não esteja presente nas nossas digressões, até mesmo pelo fato de inerente à problemática da reserva do possível (notadamente na sua dimensão jurídica) e nas questões envolvendo o custo dos direitos de um modo geral. Que decisões tomadas em casos concretos – mediante a adequada ponderação – fatalmente, pelo menos em diversas ocasiões – resultariam diretamente em afetação do orçamento e das finanças públicas sempre foi evidente, o que não significa – como ora se enfatizou – que não seja o caso de resgatar, ainda que em parte, uma lacuna em termos de maior desenvolvimento deste tópico, que, todavia, reclama – em virtude da miríade de aspectos que suscita – um enfrentamento mais privilegiado do que aqui seria possível, pelo menos neste momento, empreender. Cuidando da questão do orçamento público como instrumento para a realização da dignidade da pessoa (em que pese divergência a respeito de alguns pontos, que ora deixamos de enfrentar) v. o recente e qualificado estudo de C. Sabbag, *Orçamento e Desenvolvimento*, Campinas: Millenium, 2006.

cautela) de redirecionar recursos (ou mesmo suplementá-los) no âmbito dos recursos disponíveis e, importa frisar, disponibilizáveis. Com efeito, o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção nesse plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais[435] e, o que é mais grave, de caráter jusfundamental, tudo a demonstrar – como bem recorda Eros Grau – que a assim designada reserva do possível "não pode ser reduzida *a limite posto pelo orçamento*, até porque, se fosse assim, um direito social sob "reserva dos cofres cheios" equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica".[436] Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem "governa" – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais. Nesta seara, embora já se tenham verificado expressivos avanços, seja em termos doutrinários, seja no plano jurisprudencial,[437] há que seguir investindo significativamente.

No presente contexto, onde nos movemos no campo da "dimensão jurídica" da reserva do possível, visto que em causa estão aspectos ligados a obstáculos em termos orçamentários, entre outras, é que se percebe ser incontornável o recurso, em boa parte das hipóteses, ao já apresentado - pelo menos em seus traços essenciais e ressalvada a variedade de abordagens existentes sobre o tema[438] – modelo da ponderação, vinculado ao necessário contraste entre princípios e regras de objeto e mesmo hierarquia (pois há muitas vezes aspectos regrados tanto em nível constitucional quanto legal) diversos.

Como já tem sido referido, sem pretensão de exaurirmos as possibilidades, há que enfrentar tanto a solução dos problemas ligados ao conflito entre os princípios democrático e da separação de Poderes, quanto conflitos entre os próprios direitos sociais, questões ligadas à reserva legal, disposições orçamentárias, estrutura do Estado (distribuição de competências administrativas, legislativas e mesmo judiciárias), dentre outras. Que as – em parte justificadas – críticas endereçadas à ponderação não possuem o condão de deslegitimar a sua aplicação, visto que o que está em causa, no mais das vezes, é a correta (mas nem sempre bem posta) motivação de reduzir o voluntarismo judicial, injetando a necessária racionalidade no processo e aperfeiçoando

435 R. G. Leal, "O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais", *in*: I. W. Sarlet (Org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, Tomo I, p. 157 e ss, bem lembra a existência de políticas públicas constitucionais vinculantes.

436 Cf. E. R. Grau, "Realismo e Utopia Constitucional", *in*: F. L. X. Rocha; F. Moraes (Coord.), *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 125.

437 Aqui remetemos, para evitar mera repetição, ao conjunto de títulos e exemplos da jurisprudência colacionados ao longo de todo este segmento da obra.

438 Explorando uma série de questões atuais e polêmicas vinculadas ao tema, v. em especial I. W. Sarlet e L. B. Timm (Org.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, reunindo um conjunto expressivo de contribuições de diversos autores e a partir de diversas perspectivas.

a possibilidade de controle das decisões, entre outros pontos a serem considerados,[439] com destaque para a obtenção de respostas constitucionalmente consistentes.[440]

Nesse contexto, a afirmativa corrente de que a preponderância dos direitos fundamentais, notadamente naquilo que está em causa o mínimo existencial, segue sendo o mote a pautar as opções por parte dos atores estatais (não apenas, mas também o poder judicial) é de ser aplaudida como a posição mais adequada,[441] mas também é certo que tal diretriz, como também tem sido enfatizado em julgados do Supremo Tribunal Federal,[442] reclama a devida concretização à luz do contexto normativo e fático, além de exigir a construção de parâmetros (a posição preferencial do mínimo existencial ou da tutela coletiva constituem dois bons exemplos) que possam auxiliar no processo, dos quais alguns já foram referidos, não sendo nossa pretensão apresentar um inventário minucioso de todas as possibilidades e sua respectiva consistência, procedendo à sua análise crítica individualizada.

Em que pese a relevância e a adoção generalizada da noção (e critério para ponderação) do mínimo existencial, convém apenas registrar que não se trata de critério imune a importantes críticas e que por si só não afasta algumas perplexidades. Com efeito, além dos problemas (já referidos) decorrentes da identificação do mínimo existencial com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, em particular dos direitos sociais, segue sendo discutível até que ponto caberá aos órgãos judiciais a tarefa de decidir sobre o conteúdo definitivo do mínimo existencial, notadamente como aquilo que não pode ser subtraído ou o que deve ser obrigatoriamente disponibilizado pelo Estado ao cidadão. Quanto mais aberta a compreensão do mínimo existencial, vinculada a uma noção aberta e mesmo generosa de dignidade humana, maior a dimensão do problema, pois sempre poderá alguém entender que a opção legislativa em estabelecer um nível determinado de prestações sociais viola não satisfaz o mínimo existencial.[443]

Assim, se parece legítimo afirmar que a dignidade (assim como o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais) está subtraída à completa

439 Sobre o tópico v. por último, na literatura brasileira, a importante contribuição de L. A. F. de Almeida, *Direito Fundamentais Sociais e Ponderação. Ativismo Irrefletido e Controle Jurídico Racional*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2014.

440 Nesse sentido, bem explorando o tema, ainda que aqui não se esteja a adiantar posição pessoal conclusiva a respeito das posições esgrimidas, em especial para a tese da existência de uma resposta correta, v. L. L. Streck, em ensaio que ostenta o sugestivo título "A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas", *in*: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte e Porto Alegre, 2008, p. 273 e ss., sintetizando algumas das principais posições advogadas na sua impactante obra *Verdade e Consenso*, 2007.

441 Nesse sentido, v., C. Zancaner Zockun, *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*, op. cit., p. 50 e ss.

442 Cf., por exemplo, no âmbito da Suspensão de Tutela Antecipada 268-9/RS, Min. Gilmar Mendes, j. em 22.10.08, onde foi assegurado o pleito veiculado contra o poder público. A título de contraponto e com base na mesma linha de argumentação, mas levando em conta as peculiares circunstâncias do caso, v. a decisão proferido na Suspensão de Tutela Antecipada 228-7, Ceará, Min, Gilmar Mendes, j. em 14.10.08, onde houve deferimento parcial do pedido de suspensão da tutela, para o efeito de excluir a cominação de multa imposta ao poder público, assim como, já no sentido do deferimento da suspensão, portanto, assegurando a prevalência, no caso, das razões invocadas pelo poder público, a decisão na Suspensão de Tutela Antecipada n° 241-7/Rio de Janeiro, Min. Gilmar Mendes, 10.10.2008, que, diversamente dos dois outros casos, que versavam sobre prestações na área da saúde, dizia respeito a prestações no âmbito do ensino público. Não sendo o caso aqui de avaliar a correção das decisões do Supremo, o que importa destacar é a saudável tendência – que não afasta objeções importantes em relação a uma série de julgados – de a nossa Corte Constitucional buscar levar a sério a tarefa de pautar as soluções pela apreciação diferenciada das circunstâncias do caso, expondo as razões de decidir e oportunizando o seu controle e crítica.

443 Nesse sentido também, D. W. Hachem. *Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais...*, op. cit., p. 2013 e ss.

disposição por parte do legislador, operando aqui como trunfo contra a maioria, também é verdade que, em termos gerais, e no direito comparado é esta mesmo a visão que predomina, é legislador quem deverá definir o conteúdo das prestações sociais, mesmo as que dizem respeito a um mínimo existencial, reservando-se aos órgãos jurisdicionais, com destaque para a jurisdição constitucional, uma competência de controle e intervenção, em princípio de caráter excepcional,[444] embora nem sempre a violação dos deveres de proteção estatal nessa seara seja a exceção, situação que inevitavelmente conduz a uma maior pressão sobre os atores judiciais.

Importante é que se tenha presente que a busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais, em especial quando na esfera da ponderação e no caso do controle jurisdicional das políticas públicas e da efetivação dos direitos sociais (é preciso relembrar que direitos sociais na condição de direitos subjetivos não se confundem, como já tivemos oportunidade de enfatizar, com a figura das políticas públicas, embora as políticas públicas, em parte, objetivam a efetividade dos direitos sociais), por mais que deva levar em conta aspectos ligados ao princípio e dever de eficiência, não pode, em hipótese alguma, ser reduzida a uma análise de custo-benefício pautada por uma lógica utilitarista, refém de determinados modelos de análise econômica,[445] sem que com isso se esteja – calha frisar – a refutar uma contribuição produtiva e afinada com a efetividade dos direitos fundamentais por parte da análise econômica.[446] Para além da preservação de uma sempre relativa, mas necessária autonomia da esfera jurídica, as limitações de tais modelos (a despeito de importantes contribuições para um melhor desempenho na realização dos fins estatais, em especial na esfera da proteção e promoção dos direitos fundamentais) não podem ser pura e simplesmente escamoteadas, questões que, todavia, não constituem o objeto de nosso estudo.[447]

De outra banda, conectado com a reserva do possível e com a distribuição das competências no campo do sistema estatal e comunitário de um modo geral no que diz com os deveres prestacionais vinculados aos direitos fundamentais, importa mencionar o papel do princípio da subsidiaridade, cuja operatividade transcende a sua já tradicional importância no âmbito do sistema federativo. Sem que se possa também quanto a este ponto aprofundar o debate, há que recordar – de acordo com a precisa e oportuna lição de Jörg Neuner – que o princípio da subsidiariedade assume, numa feição positiva, o significado de uma imposição de auxílio, e, numa acepção negati-

[444] Essa a solução preconizada, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, mesmo na sua última importante decisão sobre a matéria, de 09.02.10, ao analisar a constitucionalidade da reforma na legislação social alemã (a legislação conhecida como Harz IV), reafirmando a condição do mínimo existencial como direito e garantia vinculada à dignidade humana e indisponível ao Estado e cidadão, mas reafirmando também a primazia do legislador na fixação do conteúdo do mínimo existencial, dentre outros aspectos dignos nota que aqui não serão apontados.

[445] Sobre o tema, v., entre nós e em especial, P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito,* p. 208 e ss.

[446] Nesse sentido, v., por exemplo, explorando o caso da saúde, A. Carlini, *Judicialização da saúde pública e privada*, p. 117 e ss.

[447] Sobre o tema, confira-se, dentre outros, em especial P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, especialmente capítulos 1 a 4, oferecendo uma excelente visão geral do problema (embora enfatizando a perspectiva da Justiça Fiscal e da Tributação) e apresentando uma análise crítica, assim como os instigantes ensaios de P. M. Pinto, "Sobre a alegada "superação" do Direito pela análise econômica", *in*: *O Direito e o Futuro e o Futuro do Direito*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 169-211 (onde, embora a utilização de exemplos do Direito Privado, se encontram sólidos argumentos em relação aos limites da aplicação da Análise Econômica na seara jurídica) e A. Morais da Rosa, "O giro econômico do direito ou o novo e sofisticado caminho da servidão: para uma nova gramática do direito democrático do Século XXI", *in*: *O Direito e o Futuro e o Futuro do Direito*, cit., p. 223-234 (analisando o tema já de outro ângulo, em especial, no contexto de uma crítica ao assim chamado neoliberalismo e pela perspectiva da hermenêutica filosófica).

va, a necessária observância, por parte do Estado, das peculiariedades das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si as competências originárias daquelas.[448] Nesse sentido, ainda na esteira da lição de Neuner, o princípio da subsidiaridade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma "primazia da autoresponsabilidade", que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família.[449]

Já à luz destas sumárias considerações e a despeito de toda a controvérsia em torno do significado do princípio da subsidiariedade, vislumbra-se aqui a premente necessidade de valorizar a sua operatividade, designadamente no campo da distribuição dos encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre os órgãos estatais e a sociedade, o que, consoante bem lembra Rogério Gesta Leal, abarca a responsabilidade da família, dos pais (em relação aos filhos) e dos filhos em relação aos pais, no sentido de uma corresponsabilidade social.[450] De outra parte, o princípio da subsidiaridade, compreendido (também) no sentido de uma exigência do exercício efetivo da autonomia e na cobrança de pelo menos uma corresponsabilidade pessoal (que, por óbvio, deverá observar os critérios da proporcionalidade) acaba por atuar inclusive na compreensão do próprio conteúdo e significado do princípio da dignidade da pessoa humana, temática que por si só já demandaria uma investigação específica e que guarda conexão com o princípio da solidariedade,[451] mas também com um dever de sustentabilidade, com particular relevância para os sistemas de seguridade social,[452] sem desconsiderar que a sustentabilidade coloca desafios particularmente complexos na esfera dos direitos fundamentais, já que implica, numa perspectiva multidimensional, a consideração de diferentes aspectos e mesmo a existência de concorrências e conflitos entre direitos,[453] ademais sa necessidade de se levar a sério os desafios gerados na perspectiva intergeracional.[454]

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação (do assim designado *judicial self restraint*), evidentemente em sintonia com a sua já afirmada e pressuposta legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais.[455] Tal atuação, por sua vez, não poderá descuidar (e neste ponto não há como dispensar uma contribuição dos demais atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladores, dos Tribunais de Contas) de questões como o combate à corrupção, o desperdício das verbas públicas, a racionalidade do sistema tributário e a destinação

[448] Cf. J. Neuner, "Los Derechos Humanos Sociales", p. 254-255.

[449] Cf. J. Neuner, "Los Derechos Humanos Sociales", p. 255.

[450] Cf. R. G. Leal, *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 159 e ss.

[451] Sobre o princípio de solidariedade, v., no direito brasileiro, por último, A. da Silva Cardoso, *Princípio da Solidariedade. O Paradigma Ético do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

[452] Sobre o tópico, v., por todos, J. C. Loureiro, *Adeus ao Estado Social*, Coimbra: 2010, p. 192 e ss.

[453] V., no campo da produção monográfica brasileira dedicada ao tema da sustentabilidade, Juarez Freitas, *Sustentabilidade*: Direito ao Futuro, Belo Horizonte: Fórum, 2011, advogando uma noção multidimensional da sustentabilidade.

[454] Sobre o ponto v., em especial, C. Santos Botelho, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise*, op. cit., p. 361 e ss.

[455] Sobre o tema, v. a imprescindível contribuição de C. A. Mello, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2004.

dos recursos orçamentários,[456] a cruzada contra a sonegação e a informalização da economia, entre outros tantos problemas correlatos, que, caso não devida e urgentemente equacionados, seguirão impedindo um nível pelo menos razoável de efetividade aos direitos fundamentais. É nesse contexto que assumem relevo os princípios da moralidade e probidade da administração pública, de tal sorte que – mesmo sem desenvolver o ponto – é possível afirmar que a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração, aí incluído o dever e correspondente direito de acesso a informação.[457]

Ainda nesse contexto, cada vez mais se percebe que o devido processo orçamentário e financeiro (incluindo aqui uma fixação de prioridades afinada com os objetivos fundamentais do artigo 3º da CF, e com a meta constitucional de assegurar a todos uma vida digna), bem como a necessidade de embutir mecanismos de vinculação dos órgãos estatais no que diz com a efetiva e eficaz execução do orçamento, ainda mais onde presentes critérios expressos estabelecidos pela constituição, há de ser privilegiado, inclusive como meio para transformar as noções do custo dos direitos e da assim chamada reserva do possível em algo produtivo (e não mero obstáculo ao controle judicial e exigibilidade por parte do cidadão) especialmente para a efetividade dos direitos fundamentais.[458]

As observações precedentes, assim como a já apontada necessidade de interação entre o Poder Judiciário, outros órgãos estatais e a sociedade civil, apontam para a oportunidade das concepções que propõe a instauração de uma espécie de diálogo institucional,[459] que, embora não possa, no nosso sentir, justificar uma exclusão do controle judicial, à feição de uma nova doutrina da separação dos Poderes, apresenta a faceta positiva, desde que bem manejado, de, mediante o aproveitamento máximo das capacidades institucionais de cada ator envolvido, auxiliar na promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Cumpre registrar, todavia, de que se cuida, de certo modo, de dar cumprimento ao dever de cooperação entre os órgãos estatais. Nesse contexto, situa-se, em caráter ilustrativo, a utilização de técnicas de prevenção e mesmo de mecanismos alternativos (não jurisdicionais) de solução dos conflitos em matéria de direitos sociais, tal como sugere, à luz do caso do direito à saúde, Ângela Carlini.[460]

[456] V., em caráter ilustrativo e bem enfocando o tópico pelo prisma da receita pública, o ensaio de F. F. Scaff, "Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU", *in*: *Tributos e Direitos Fundamentais*, 2004, p. 623-79. Do mesmo autor, v. também "Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos", *in*: Revista Interesse Público, nº 32, julho/agosto 2005, p. 213 e ss., explorando igualmente a questão orçamentária, bem como a recente coletânea versando sobre o tema *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, contendo diversas contribuições discutindo as possibilidades e limites da tributação, inclusive como fator de realização dos direitos humanos e fundamentais.

[457] Sobre o tema, v., dentre outros, T. Limberger, *Cibertransparência*: informação pública na rede, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

[458] Sobre o tópico, v., por todos, E. B. F. de Mendonça, *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*, cit., p. 223 e ss. v. também, a importante obra de E. Graziani Pinto, *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação*: uma perspectiva constitucional, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

[459] Cf., em especial, D. Sarmento, "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", *in*: *Direitos Sociais*, p. 580 e ss.; bem como C. P. Souza Neto, "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", *in*: *Direitos Sociais*, p. 546.

[460] Cf. A. Carlini, *Judicialização da Saúde Pública e Privada*, p. 177 e ss.

Além disso, o argumento da incapacidade institucional do Poder Judiciário e dos Juízes de avaliarem a correção das medidas tomadas pelo legislador e pela administração, especialmente na seara das políticas públicas, é de ser recebido com extremo ceticismo, seja pelo fato de que a presunção em prol da maior capacidade dos demais órgãos e seus respectivos agentes é sempre relativa, visto que parte da noção de que dominam a matéria sobre a qual decidem ou se municiam de relatórios e informações técnicas sempre idôneas obtidas de terceiros (coisa que peritos colocados à disposição dos Juízes também podem resolver em muitos casos), seja pelo fato de que mesmo com todo aparato técnico disponível, a decisão política não raras vezes pende para a solução tecnicamente menos consistente (e por essa razão mesmo juridicamente ilegítima, quando a menor consistência técnica viola regras e princípios legais ou constitucionais), de tal sorte que necessária a intervenção do Poder Judiciário.[461] O fato é que não se está a refutar uma especial capacidade (vinculada ao seu particular desenho institucional) de cada órgão estatal e a circunstância de que, em princípio, se há de respeitar tal condição, mas sim, a afirmar que isto não poderá, por si só, ser tido como um obstáculo à intervenção jurisdicional.

De alta relevância (embora a inviabilidade de desenvolvimento do tópico nesse contexto) para a assim chamada judicialização dos direitos sociais e das políticas públicas de um modo geral – embora não aplicável apenas nessa seara – é a querela teórica e prática acerca do procedimento (em verdade da organização e procedimento) e do modo de decisão mais adequado para otimizar resultados e minimizar efeitos colaterais, em especial os que dizem respeito às objeções da legitimidade democrática, capacidades institucionais e separação dos poderes, falta de racionalidade e isonomia da atuação do Poder Judiciário. A crescente simpatia pelo modelo das decisões impositivas de medidas estruturantes, que mesclam conteúdos e efeitos de natureza diversa, com ênfase na dimensão mandamental, é de ser levada a sério e tem sido objeto da reflexão qualificada de vários dos expoentes da doutrina processual brasileira.[462] Apenas para indicar um rumo em termos de posicionamento pessoal, o recurso a processos de tal natureza não pode afastar (porquanto não substitui) mecanismos processuais já consolidados, ainda mais – mas não só – pelo fato de que não há como superar a titularidade individual dos direitos sociais. Da mesma forma, corre-se o risco de, sem os cuidados devidos, hipertrofiar a intervenção do Poder Judiciário até mesmo quanto ao modo de projetar e executar políticas públicas. Mas isso, como já anunciado, não é aqui que será aprofundado.

Em sentido similar coloca-se o problema da vinculação dos órgãos judiciais aos precedentes dos Tribunais Superiores, aqui com destaque para o STJ e o STF, precisamente tendo em conta os apontados efeitos positivos (o que se potencializa quando se trata da dimensão transindividual dos direitos sociais e mesmo de decisões que impactam políticas públicas) em termos de racionalidade, isonomia e segurança

[461] Colacionando bons argumentos em relação à objeção da incapacidade técnica ou institucional do Poder Judiciário, v. G. Pisarello, Los derechos sociales y sus garantías, p. 90 e ss.

[462] Nesse sentido, remete-se aqui, entre outras, à paradigmática e pioneira obra de M. F. Jobim, *Medidas Estruturantes*: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 (que posteriormente ajustou alguns aspectos do seu pensamento), bem como à qualificada coletânea temática de S. C. Arenhart; M. F. Jobim (Orgs.). *Processos Estruturais*, Salvador: JusPodivm, 2017.

jurídica. Mas também nesse caso aqui apenas nos resta abrir mais esta janela, remetendo à doutrina especializada.[463]

Especialmente no que diz com a esfera específica dos direitos sociais prestacionais, cabe lembrar aqui a já relativamente antiga, mas nem por isso desatualizada exortação ao bom-senso formulada pelo jurista suíço Wildhaber, que, ao salientar a necessidade de abstrair dos direitos sociais o seu cunho emocional e ideológico, ressalta que, se os direitos sociais não são nenhuma solução imediata e pré-fabricada para os problemas com os quais constantemente nos deparamos na busca da igualdade e da justiça, também não constituem uma ameaça de natureza totalitária e desintegradora às liberdades e à Constituição do Estado de Direito, impondo-se, de tal sorte, a busca do meio-termo e da justa medida.[464]

Ainda nesta quadra da exposição, convém destacar que os direitos fundamentais de modo geral, a despeito de sua dimensão jurídico-normativa, essencialmente vinculada ao fato de serem postulados de "dever ser", possuem o que Pérez Luño denominou de "irrenunciável dimensão utópica", visto que contêm um projeto emancipatório real e concreto.[465] Entre nós, igualmente reconhecendo uma perspectiva utópica e promocional dos direitos fundamentais, José Eduardo Faria, partindo da concepção de utopia como "horizonte de sentido", sustenta que a luta pela universalização e efetivação dos direitos fundamentais implica a formulação, implementação e execução de programas emancipatórios, que, por sua vez, pressupõe uma extensão da cidadania do plano meramente político-institucional para os planos econômico, social, cultural e familiar, assegurando-se o direito dos indivíduos de influir nos destinos da coletividade.[466]

Seguindo no âmbito de uma dimensão utópica dos direitos fundamentais, assume-se a parcial correção da observação de Flávio Galdino, no sentido de que a nossa posição se enquadra de algum modo naquilo que o autor designou de "modelo teórico da utopia", já que, embora admitamos a relevância do fator custo (reserva do possível) sustentamos, por outro lado, que este não poderá impedir, em determinadas circunstâncias, o reconhecimento – inclusive via judicial – de um direito subjetivo de cunho prestacional.[467] Se adotamos o entendimento de que as utopias representam (não só, mas também e especialmente) "horizontes de sentido", nesse sentido, efetivamente, firmamos convicção no concernente a uma dimensão utópica de todos os direitos fundamentais. Se afirmar que os direitos a prestações podem ser (e devem

[463] V., por todos, L.G. Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010 e D. Mitidiero. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. 2ª ed., São Paulo: RT, 2017, obras referenciais, a começar por L.G. Marinoni, que, de modo inovador e paradigmático discorreu sobre o tema no Brasil à luz da Constituição Federal de 1988, assim como D. Mitidiero que logrou agregar questões relevantes e essenciais à discussão, mediante profícuo e qualificado diálogo com o primeiro autor e com outros setores renomados da doutrina e do meio forense.

[464] Cf. L. Wildhaber, *in: GS für Imboden*, p. 390. Segue o texto original em alemão para que se possa conferir a tradução livre efetuada: "Es ist notwendig, den Begriff der sozialen Grundrechte zu entdämonisieren, zu entideologisieren und zu entemotionalisieren. Soziale Grundrechte sind einesteils keine Patent-und Sofortlösung für die Probleme, welche die Forderung nach Gleichheit und Gerechtigkeit uns stets wieder aufgibt. Sie sind andernteils auch nicht eine totalitäre, freiheitsgefährdende und verfassungszersetzende Bedrohung des sozialen Rechtsstaats. Es gilt, das rechte Mass und die Mitte zu finden".

[465] Cf. A. E. Pérez Luño, "Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Actualidad", *in*: *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, p. 15.

[466] Cf. J. E. Faria, "Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica", p. 154 e ss.

[467] Cf. F. Galdino, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, p. 188, nota de rodapé nº 21.

ser) tomados também – em determinados casos e respeitados certos pressupostos – como direitos subjetivos definitivos, especialmente quando em causa o mínimo existencial é utópico, no sentido de concretamente inviável e até mesmo ingênuo, assumimos e afivelamos conscientemente também esta "máscara". Que os exemplos já colacionados, inclusive as experiências jurisprudenciais, todavia impõe no mínimo um questionamento deste caráter utópico do modelo teórico e prático advogado, deveria ser também objeto de maior digressão, que, contudo, aqui não iremos empreender.

Mesmo na sua (mas jamais exclusiva e destituída de eficácia e aplicabilidade direta) dimensão programática, os direitos fundamentais, notadamente os sociais, não precisam necessariamente constituir um instrumento de manipulação ou uma mera ilusão, tal qual sustentou, entre nós, Marcelo Neves,[468] mas exercem – de acordo com a lição de Andreas Krell – uma função sugestiva, apelativa, educativa e conscientizadora, que não pode ser desconsiderada.[469] Para encerrar este segmento, cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais – de modo particular os sociais – não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, engendrados que foram (no caso dos direitos sociais a prestações) no contexto de um constitucionalismo dirigente "fracassado e superado",[470] mas sim, premente necessidade, já que a sua desconsideração e ausência de implementação fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações, além de conduzir – tal como com lucidez adverte Paulo Bonavides – a uma lamentável, mas cada vez menos contornável e controlável, transformação de muitos Estados Democráticos de Direito em verdadeiros "estados neocoloniais".[471]

[468] Cf. M. Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, p. 37 e ss. Com isto, todavia, não estamos a desconsiderar o fato (bem demonstrado pelo ilustre autor) de que a positivação de um extenso catálogo de direitos fundamentais, especialmente na seara dos direitos sociais, não tenha servido – em algumas hipóteses (inclusive entre nós) como instrumento de manipulação da sociedade. Discutindo essa e outras teses do ilustre jusfilósofo pernambucano, vale conferir o ensaio de G. Bercovici, "Constituição e Superação das Desigualdades Regionais", *in*: E. R. Grau e W. S. Guerra Filho (Org.), *Direito Constitucional; estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 104 e ss., lembrando, na esteira de Marcelo Neves, que um dos problemas enfrentados hoje no Brasil, no que concerne à efetividade da Constituição, é a "deturpação do texto constitucional no processo de concretização", deturpação esta que o articulista atribui, com razão, aos órgãos do Poder Judiciário, muito embora não possamos concordar inteiramente com a parcela de responsabilidade conferida à jurisdição constitucional brasileira.

[469] Cf. A . Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 28.

[470] A respeito deste tópico, notadamente a partir da revisão substancial (mas não integral) levada a efeito por Gomes Canotilho no que diz côm boa parte das premissas lançadas na sua tese de doutoramento sobre a "Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador" (1982), também referida várias vezes ao longo do nosso texto, remetemos à discussão que se tem travado entre nós, designadamente entre os que de há muito combatiam a tese de um constitucionalismo programático-dirigente (como é o caso de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, apenas para citar um dos autores mais ilustres desta corrente) e os que seguem sustentando, em linhas gerais, as teses iniciais do influente Catedrático de Coimbra, por considerar que a Constituição de 1988 (ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976) continua a se caracterizar como expressão de um Estado democrático e social de Direito, não havendo como renunciar ao cunho vinculante e, Nesse sentido, necessariamente dirigente da atuação estatal, de todas as normas constitucionais, inclusive (e especialmente) as que versam sobre direitos sociais. Justamente por nos filiarmos a essa segunda corrente (muito embora reconhecendo alguns pontos a serem revistos e ajustados) é que optamos por colocar os termos fracassado e superado (vinculados à Constituição dirigente) entre aspas, já que seguimos convictos, na esteira de autores como G. Bercovici, "A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro," *in*: RIL nº 142 (1999), p. 44 e ss., que o constitucionalismo dirigente continua a cumprir um papel de relevo entre nós. Com efeito, importa aprofundar a reflexão sobre o tema, de modo a lançar os fundamentos daquilo que L. L. Streck, em alentada e indispensável contribuição sobre o tema (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, especialmente p. 59 e ss.,) sugestivamente designou de um constitucionalismo dirigente adequado aos países periféricos. Ainda sobre a discussão a respeito da "morte ou vida" da Constituição dirigente v. o debate reproduzido na coletânea organizada por J. N. de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[471] Cf. P. Bonavides, *Do País Constitucional ao País Neocolonial*, especialmente p. 19 e ss.

3.5. A vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais

3.5.1. Considerações preliminares

A problemática da vinculação dos poderes públicos e das entidades privadas aos direitos fundamentais encontra-se estreitamente ligada ao tema da eficácia e aplicabilidade, já que a vinculatividade dos direitos fundamentais constitui precisamente uma das principais dimensões da eficácia. Na medida em que o princípio da aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF) diz respeito a todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua função (direitos a prestações ou direitos de defesa) e da forma de sua positivação, o problema da eficácia vinculativa será abordado de forma genérica, considerando-se, todavia, as especificidades das diversas categorias de direitos fundamentais. Cumpre ressaltar que também esta matéria oferece terreno fértil para desenvolvimentos, de tal sorte que cada item poderia (como, de fato, já tem ocorrido) ser objeto de extensa monografia, pela diversidade de aspectos que suscita. Por outro lado, há que fazer a advertência de que alguns dos aspectos a serem referidos já foram objeto de menção nos itens antecedentes, ainda que em outro contexto. Considerando, porém, que o problema da vinculatividade das normas de direitos fundamentais suscita questionamentos específicos, reclamando, além disso, sistematização própria, algumas repetições tornar-se-ão inevitáveis, especialmente no que tange à vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. De qualquer modo, tentaremos contornar o problema recorrendo, na medida do possível, a remissões aos itens anteriores.

3.5.2. A vinculação do poder público aos direitos fundamentais

3.5.2.1. A amplitude da vinculação

Diversamente do que enuncia o art. 18/1 da Constituição Portuguesa, que expressamente prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a nossa Lei Fundamental, nesse particular, quedou silente na formulação do seu art. 5º, § 1º, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais.[472] A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. Assim, por exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental. Também no direito lusitano se parte do pressuposto de que o

[472] Ressalte-se que também a Lei Fundamental da Alemanha (art. 1º, inc. III) e a Constituição da Espanha (art. 53.1) proclamaram expressamente a vinculação de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais, omitindo, contudo, as entidades privadas.

art. 18/1 da CRP assume a função de reforçar o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais, que ressalta o dever específico dos poderes públicos de respeitar e promover os direitos fundamentais.[473]

Ao art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha, o que, em última análise, significa – de acordo com a lição de Jorge Miranda – que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como "baliza e referencial".[474] Importante, ainda, é a constatação de que o preceito em exame fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica mediante a qual são exercidas estas funções, razão pela qual – como assevera Gomes Canotilho – inexiste ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais.[475]

Nesse sentido, é possível falar de uma dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são.[476] Por esse motivo é que se aponta para a necessidade de todos os Poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerências, a não ser que presente justificativa que as autorize.[477] Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.[478]

3.5.2.2. A vinculação do legislador aos direitos fundamentais

No que diz com a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, é lícito afirmar, na esteira da já clássica doutrina de Dürig, que esta vinculação, considerada com base numa dimensão filosófica e histórica, implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado (sob um ângulo dogmático-jurídico) a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo.[479] Valendo-nos aqui das expressivas palavras de Vieira de Andrade, há que reconhecer que "o poder legislativo (a

[473] CF. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 264, arrimado nas lições do publicista alemão G. Dürig; assim também P. M. G. V. Patto, *in: DDC* nº 33-34 (1988), p. 487 e ss.

[474] Cf. J. Miranda, *Manual IV*, p. 279.

[475] Essa a lição de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 591, e de J. Miranda, *Manual IV*, p. 278-80.

[476] Cf. W. Höfling, *in: JA 1995*, p. 342. Esta dupla perspectiva é também referida por J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 591. No âmbito da amplitude espacial da vinculação, assume relevo o problema da vinculação das entidades públicas estrangeiras aos direitos fundamentais nacionais, aspecto que, todavia, optamos por deixar em aberto, considerando os limites da presente obra.

[477] Nesse sentido, entre outros, P. Badura, *Staatsrecht*, p. 74.

[478] Cf. K. Hesse, *in: EuGRZ 1978*, p. 433.

[479] Cf. G. Dürig, *in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 1 III, p. 53.

potência legislativa) deixou de corresponder à idéia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante e juridicamente débil".[480] Ressalte-se, todavia, que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais representa um *plus* relativamente à vinculação dos poderes públicos, inclusive do legislador, às normas constitucionais em geral, como bem expressa o princípio da constitucionalidade, que, nesse sentido, apresenta uma dimensão reforçada quanto aos direitos fundamentais.[481]

Nesse contexto, cumpre referir a paradigmática e multicitada formulação de Krüger, no sentido de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais, o que – de acordo com Gomes Canotilho – traduz de forma plástica a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos fundamentais.[482] De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora.[483] Para além disso, a norma contida no art. 5°, § 1°, da CF gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.[484] Se, por um lado, o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5°, § 1°, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado,[485] atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. Isto significa, em última *ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma totalmente independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram.[486]

Ainda nesse contexto há que reconhecer a pertinência da lição de Gomes Canotilho, ao ressaltar a dupla dimensão da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição da edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob esse ângulo, atuam como normas de competência negativas. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, nesse sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito

[480] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 264.

[481] Cf. a oportuna observação de P. M. V. G. Patto, *in: DDC* n° 33-34 (1988), p. 487. No direito alemão, o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é tido como *lex specialis* em relação ao princípio da vinculação do legislador à Constituição (art. 20, inc. III, da LF). Nesse sentido, v. Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 47.

[482] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente*, p. 363. Na doutrina alemã, v., dentre tantos, P. Kunig, *in: von Münch/Kunig I*, p. 130.

[483] Nesse sentido, v., dentre outros, a lição de K. Hesse, *in: EuGRZ 1978*, p. 429.

[484] Reputamos perfeitamente compatível com o nosso direito constitucional este entendimento dominante na doutrina luso-germânica. A esse respeito, v. P. M. G. V. Patto, *in: DDC* n° 33-34 (1988), p. 487, assim como C. Starck, *in: von Mangoldt/Klein*, p. 119 e ss., Denninger, *in*: AK I, p. 309, e P. Kunig, *in: von Münch/Kunig I*, p. 130-1. Versando sobre o tema, v., entre nós, a monografia específica de A. M. D. Lopes, *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

[485] Cf. W. Höfling, *in: JA 1995*, p. 435.

[486] Nesse sentido, a lúcida ponderação de G. Dürig, *in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 1, III, p. 53, da qual se aproxima o entendimento de J. Miranda, *Manual IV*, p. 280.

de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica.[487] É justamente com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que a doutrina alemã entedeu que o legislador possui deveres ativos de proteção, que englobam um dever de aperfeiçoamento (*Nachbesserungspflichten*) da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais.[488]

No âmbito da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, há que atentar, ainda, para o problema da inconstitucionalidade por omissão, decorrente de uma inércia (total ou parcial) do legislador em face de uma imposição mais ou menos concreta (finalidade ou programa) contido nas normas de direitos fundamentais, ressaltando-se uma graduação da eficácia vinculativa de acordo com a densidade normativa e grau de concretude destas normas. Não esqueçamos – consoante já assinalado – que o postulado da aplicabilidade imediata (art. 5°, § 1°, da CF) engloba todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais a prestações de cunho inequivocamente "programático". Ressaltada esta dimensão da eficácia vinculante, isto é, a de gerar a inconstitucionalidade por omissão, renunciamos, todavia, ao exame dos diversos aspectos que suscita esta problemática, já que estaríamos adentrando em seara estranha ao nosso estudo.

Por derradeiro, não se poderia deixar de mencionar o problema do alcance da eficácia vinculativa, ainda mais quando não se revela impertinente um questionamento sobre quais os atos legislativos incluídos pelo efeito vinculante. Nesse sentido, entendemos oportuna a lição de Gomes Canotilho, que, ressaltando uma compreensão extensiva, sustenta a inclusão de todos os atos normativos praticados por entidades públicas, assim como dos atos editados por entidades privadas aos quais a lei outorgou força de norma jurídico-pública.[489] Por sua vez, é possível afirmar que até mesmo as emendas à Constituição se encontram abrangidas pela eficácia vinculante dos direitos fundamentais, já que, a teor do art. 60, § 4°, inc. IV, da nossa Lei Fundamental, nem mesmo o legislador constitucional poderá atuar no sentido de abolir ou tender à abolição das normas de direitos fundamentais.

3.5.2.3. Vinculação dos órgãos administrativos (Poder Executivo) aos direitos fundamentais

Também a vinculação dos órgãos da administração estatal aos direitos fundamentais é reconhecida entre nós, registrando-se, contudo, falta de consenso no tocante a determinados aspectos, especialmente no que concerne à forma e alcance da vinculação, a exemplo, aliás, do que ocorre no direito alienígena. Também no caso do

[487] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 592-3. Nesse sentido também, J. Miranda, *Manual IV*, p. 280, ressaltando que mesmo no caso de normas de eficácia limitada, nas quais o Constituinte remeteu ao legislador a tarefa de regulamentar o direito fundamental, os atos legislativos devem guiar-se pelo sentido objetivo das normas de direitos fundamentais.

[488] Cf. Denninger, *in: AK I*, p. 309-10, ressaltando a sindicabilidade judicial também destes deveres de proteção.

[489] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 593. Assim, além dos atos legislativos elencados no art. 59 de nossa Constituição, também os regulamentos, estatutos, atos normativos das pessoas jurídicas de direito público e até mesmo as convenções coletivas de trabalho encontram-se abrangidas pela vinculação dos direitos fundamentais. Esta interpretação extensiva do alcance da cláusula vinculante também corresponde, de certa forma, à posição dominante na doutrina alemã. Nesse sentido, v. P. Kunig, *in: von Münch/Kunig I*, p. 130, que se manifesta pela inclusão de toda e qualquer forma de produção normativa estatal no âmbito da eficácia vinculativa dos direitos fundamentais.

Poder Executivo e dos órgãos administrativos em geral, a norma contida no art. 5°, § 1°, da Constituição pode ser considerada um reforço da eficácia vinculante inerente aos preceitos constitucionais em geral, mesmo que o citado dispositivo não tenha contemplado expressamente uma vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. Esclareça-se, desde logo, que o efeito vinculante dos direitos fundamentais alcança não apenas cada pessoa jurídica de direito público, mas também as pessoas jurídicas de direito privado que, nas suas relações com os particulares, dispõem de atribuições de natureza pública, assim como pessoas jurídicas de direito público na sua atuação na esfera privada.[490] Nesse contexto, assume relevo a lição de Vieira de Andrade, para quem o critério decisivo reside na "existência (ou inexistência), na relação jurídica em causa, de entidades com poderes públicos, com privilégios ou prerrogativas de autoridade".[491] O que se pretende com esta abrangência do efeito vinculante é justamente evitar que os órgãos da administração venham a se furtar à vinculação aos direitos fundamentais por meio de uma atuação nas formas do direito privado,[492] resultando naquilo que os autores alemães costumam denominar de uma fuga para o direito privado (*Flucht in das Privatrecht*).[493] O que importa é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade.[494]

No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais.[495] A não observância desses postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais,[496] problema que diz com o controle jurisdicional dos atos administrativos, que não temos condições de desenvolver nesta oportunidade e a respeito do qual encontramos obras de inestimável valor na bibliografia pátria. O que importa, nesse contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária.[497] Desde logo impende considerar que a fiscalização judicial, no caso da administração, é mais ampla que em relação ao legislador, já que este dispõe de liberdade de ação e, portanto, de margem de arbítrio bem maior.[498]

Aspecto que tem gerado ampla discussão, inclusive na doutrina estrangeira, diz com a possibilidade de os órgãos administrativos exercerem um controle dos atos legislativos que atentam contra os direitos fundamentais. Em outras palavras, cuida-se de saber se (e até que ponto) pode a administração recusar-se a aplicar normas inconstitucionais, por contrárias aos direitos fundamentais. Como bem acentuado na doutrina, a problemática reside na necessidade de conciliar a vinculação simultânea da administração ao princípio da legalidade (a subordinação à lei) e ao da constitucionalidade (subordinação à Constituição e, de modo especial, aos direitos fundamentais).[499] A pergunta, há que reconhecer, não é facilmente respondível, desafiando uma análise que não temos, pelos propósitos do estudo, condições de aprofundar. De qualquer modo, é possível constatar certo consenso no que tange à impossibilidade de os órgãos administrativos (que não constituem órgãos precipuamente competentes para esta finalidade), em princípio, exercerem um controle da constitucionalidade dos atos legislativos, mesmo em caso de afronta aos direitos fundamentais, já que aos agentes públicos sempre resta o recurso aos órgãos hierarquicamente superiores, demonstrando-lhes as consequências resultantes de uma aplicação da lei inconstitucional, permanecendo, contudo, vinculados às leis e, se for o caso, às ordens concretas de seus superiores até que sobrevenha decisão judicial a respeito do caso.[500] Todavia, também parece existir um consenso no que tange à possibilidade excepcional do exercício de um controle pelos órgãos administrativos, já que estes – como ressalta Vieira de Andrade – não se encontram cingidos a uma obediência cega à lei, no âmbito do que viria a significar uma presunção absoluta de constitucionalidade dos atos legislativos.[501] Qual o alcance deste poder excepcional de controle, isto é, de não aplicação das leis inconstitucionais, revela-se, contudo, de difícil solução.

Na esfera da limitada liberdade de arbítrio de que os órgãos administrativos dispõem nesta seara, costuma sustentar-se que, no caso de atos legislativos que evidente e inequivocamente afrontam os direitos fundamentais, a administração pode recusar-se a aplicar à lei (mesmo em face de ordem superior) nas seguintes hipóteses: a) quando a aplicação da lei implicar a prática de um crime, especialmente nos casos em que resultar uma ofensa aos direitos à vida e à integridade pessoal, que nem mesmo em caso de estado de sítio ou de defesa podem ser suspensos; b) quando as leis violarem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, de modo especial quando levarem ao aniquilamento dos direitos à vida e à integridade pessoal, por tratar-se de hipóteses

[490] Cf. J. Miranda, *Manual IV*, p. 281. Nesse sentido, também se posiciona J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 594, sustentando que o efeito vinculante alcança os casos em que a administração atua "nas vestes do direito privado."

[491] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 268-9, ressaltando que é justamente este critério da supremacia, como expressão do monopólio do poder, que justifica a proteção dos direitos fundamentais, razão pela qual exclui do efeito vinculante as pessoas jurídicas públicas que não tenham, nas suas relações jurídicas, privilégios de autoridade, tais como as sociedades de economia mista e as empresa públicas, relativamente às quais se aplicam os princípios que norteiam a vinculação das entidades privadas.

[492] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 267, e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 595, ressaltando a impossibilidade de aceitar-se a "formação de uma reserva da actividade estatal fora da Constituição".

[493] Cf. P. Badura, *Staatsrecht*, p. 75.

[494] Cf. W. Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 130. No Brasil, v. por todos, D. W. Hachem, *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*... Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2014.

[495] Essa a lição de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 595.

[496] Cf. J. Miranda, *Manual IV*, p. 281. Nesse sentido, encontramos também a lição de C. A. Bandeira de Mello, *in: RDP* n° 57-58 (1981), p. 254, com a ressalva de que este autor se refere especificamente aos direitos sociais.

[497] Cf., dentre tantos, *Jarass/Pieroth*, p. 44.

[498] Cf. a oportuna consideração de A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 195-6.

[499] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 596. Assim também J. Miranda, *Manual IV*, p. 282 e J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 260.

[500] Cf. a posição enfática de J. Miranda, *Manual IV*, p. 282-3, compartilhada, em sua essência, por J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 596.

[501] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 262, salientado que o problema não diz especificamente com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, mas, sim, com a possibilidade de os órgãos administrativos emitirem um juízo a esse respeito.

nas quais as leis podem ser consideradas inexistentes.[502] Ligeiramente diversa é a solução preconizada por Vieira de Andrade, sustentando uma recusa de aplicação da lei sempre que a ofensa a um direito fundamental for evidente, decisão que deverá, contudo, ser tomada mediante uma ponderação à luz do caso concreto e atentando-se para o princípio da proporcionalidade, de tal sorte que, em caso de dúvida, deve prevalecer a presunção de constitucionalidade do ato legislativo.[503] Esta concepção, contudo, foi objeto de crítica endereçada por Gomes Canotilho, que aponta para a insegurança do critério da evidência, pela dificuldade em aferir-se o que efetivamente é, ou não, evidente, razão pela qual sugere o exercício de uma espécie de fiscalização preventiva, no sentido de um apelo aos órgãos superiores, sempre que não se estiver diante de uma das hipóteses excepcionais já referidas (especialmente afronta à vida e à integridade pessoal etc.).[504]

No que tange à medida da vinculação aos direitos fundamentais, poderá afirmar-se que, quanto menor for a sujeição da administração às leis (de modo especial na esfera dos atos discricionários e no âmbito dos atos de governo), tanto maior virá a ser a necessidade de os órgãos administrativos observarem – no âmbito da discricionariedade de que dispõem – o conteúdo dos direitos fundamentais, que, consoante já assinalado, contém parâmetros e diretrizes para a aplicação e interpretação dos conceitos legais indeterminados.[505] Isto significa, em outras palavras, que, nas hipóteses de uma maior fragilidade do princípio da legalidade, o conflito desta com o princípio da constitucionalidade acaba por resolver-se tendencialmente em favor da última.

Por derradeiro, há que relativizar as considerações tecidas no concernente aos direitos fundamentais sociais. Se, por um lado, a norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição se aplica a todos os direitos fundamentais, de outra parte, não se podem desconsiderar as inequívocas distinções entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, especialmente os sociais. Mesmo na hipótese das assim denominadas liberdades sociais (por exemplo, o direito de greve), impõe-se relativa cautela, já que, em se aceitando os critérios desenvolvidos, se verificará que não há como negar uma – ao menos relativa – diminuição do poder de controle exercido pelos órgãos administrativos, por não estarmos em face de hipóteses nas quais esteja em risco o direito à vida ou à integridade pessoal. Em se tratando de direitos sociais prestacionais, em regra contidos em normas de eficácia limitada, o efeito vinculante certamente ainda será menor, na medida em que se cuida de preceitos dirigidos principalmente ao legislador, não se podendo esquecer que o grau de vinculação se encontra em estreita relação com o grau de densidade normativa da norma impositiva em questão. De qualquer modo, por menor que seja a eficá-

[502] Esta a paradigmática formulação de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 596-7, ressaltando que na segunda hipótese se justifica até mesmo o direito de resistência dos particulares, expressamente previsto no art. 21 da Constituição de Portugal. No mesmo sentido, encontramos, ainda no direito lusitano, a lição de J. Miranda, *Manual IV*, p. 283. Saliente-se que o direito de resistência dos cidadãos não se encontra positivado em nossa Constituição, havendo quem o deduza diretamente do direito natural, como o fez Pontes de Miranda. Cuida-se, aqui também, de tema que reclama um maior tratamento por parte da doutrina, de modo especial à luz da ordem constitucional vigente.

[503] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 262-3, inspirado na doutrina de Bachof. Entende o autor que, na hipótese de uma evidente inconstitucionalidade, se estaria diante de uma nulidade-inexistência, razão pela qual não há falar em conflito, na medida em que uma lei inexistente não gera efeitos, mesmo para a administração.

[504] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 597.

[505] Aqui também há que acolher a lição de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 598.

cia vinculante, os órgãos administrativos encontram-se obrigados a considerar, no âmbito de sua discricionariedade, as diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais a prestações.

3.5.2.4. A vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais

A vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais – leciona Gomes Canotilho – manifesta-se, por um lado, por intermédio de uma constitucionalização da própria organização dos tribunais e do procedimento judicial, que, além de deverem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, por estes são influenciados, expressando-se, de outra parte, na vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, que, nesse sentido, atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais.[506] No que diz com sua amplitude, também aqui o efeito vinculante dos direitos fundamentais alcança a totalidade dos órgãos jurisdicionais estatais, bem como os atos por estes praticados no exercício de suas funções.[507]

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade.[508] É nesse contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido "correto" dos direitos fundamentais.[509] Paralelamente a esta dimensão negativa da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, Jorge Miranda, ilustre mestre de Lisboa, aponta a existência de uma faceta positiva, no sentido de que os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico.[510]

[506] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 598-9. Assim também W. Höfling, *in*: M. Sachs (Org.), *Grundgesetz*, p. 131, sustentando que, no âmbito do procedimento, a vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais implica o dever de uma formatação do processo de acordo com os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais (eine "rechtstaatlich und grundrechtskonforme Verfahrensgestaltung").

[507] Cf., dentre outros, Denninger, *in: AK I*, p. 316. Ressalte-se que o autor – a exemplo da doutrina alemã majoritária – exclui da vinculação a jurisdição arbitral privada e eclesiástica. Entre nós, tendo em vista o princípio (direito fundamental) da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da CF), entendemos que também as decisões arbitrais privadas são passíveis de revisão pelos órgãos judiciais estatais, além de vinculadas aos direitos fundamentais, aspecto que, contudo, merece análise mais detida, já que no mínimo discutível se esta vinculação se poderá dar da mesma forma.

[508] Nesse sentido, v., dentre outros, J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 270-71. Assim também J. Miranda, *Manual IV*, p. 284, atribuindo a esse aspecto da vinculação dos órgãos judiciais uma dimensão negativa.

[509] Cf. F. Schnapp, *in: JuS* 1989, p. 6. Nesta linha situam-se também as posições mais recentes de P. Kunig, *in: von Münch/Kunig I*, p. 132, e W. Höfling, *in*: M. Sachs (Org), *Grundgesetz*, p. 131.

[510] Cf. J. Miranda, *Manual IV*, p. 283-4. Nesse sentido a doutrina alemã aponta, de regra, para a aplicação do postulado hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais (Cf. C. Starck, *in: von Mangoldt-Klein*, p. 81). Bem explorando o problema da vinculação dos órgãos judiciais, enfatizando a questão da interpretação à luz

Ainda no âmbito destas funções positiva e negativa da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança, inclusive, a Jurisdição cível, esfera na qual – ainda que numa dimensão diferenciada – também se impõe uma análise da influência exercida pelos direitos fundamentais sobre as normas de direito privado.[511] Nesse contexto, constata-se que os direitos fundamentais constituem, ao mesmo tempo, parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito.[512] Por outro lado, a condição peculiar do Poder Judiciário, na medida em que, sendo simultaneamente vinculado à Constituição (e aos direitos fundamentais) e às leis, possui o poder-dever de não aplicar as normas inconstitucionais, revela que eventual conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade (isto é, entre lei e Constituição) acaba por resolver-se em favor do último.[513]

Se as diretrizes sumariamente enunciadas encontram aplicação relativamente tranquila na esfera dos direitos de defesa, no concernente aos direitos a prestações (de modo especial no caso dos direitos sociais), a vinculação dos órgãos judiciais – a exemplo do que ocorre com a administração e o legislador – assume dimensão diferenciada, que se traduz precisamente por uma vinculação menos intensa, decorrente da menor densidade normativa destas normas ao nível da Constituição, já que – ao menos em regra – os direitos a prestações vêm proclamados em normas de eficácia limitada, que reclamam concretização legislativa, aspecto que, por já analisado, deixamos aqui de aprofundar. Assim, eventual decisão dos tribunais no sentido da não aplicação de um ato, especialmente de natureza normativa, que afronte os direitos fundamentais prestacionais deve, necessariamente, levar em conta a maior liberdade de conformação do legislador nesta seara, de tal sorte que a não aplicação da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade não parece justificada para além daquele grau mínimo de concretização (determinação ou determinabilidade do conteúdo) inerente à norma constitucional erigida como parâmetro do controle.[514] Por outro lado, averbe-se a função dos tribunais no exercício do controle da inconstitucionalidade por omissão, que, por sua vez, se encontra em estreita relação com o grau de vinculação do próprio legislador aos direitos a prestações. Nesse sentido, pode afirmar-se – consoante já referido alhures – que a sindicabilidade judicial da inconstitucionalidade por omissão é proporcional em relação ao grau de densidade normativa da norma impositiva ou programática e, portanto, ao grau de dependência que esta gera para o legislador.[515]

dos direitos fundamentais, v., entre nós, o consistente contributo de L. Martins, "Do Vínculo do Poder Judiciário aos Direitos Fundamentais e suas Implicações Práticas", *in: Revista da Escola Paulista de Magistratura*, ano 5, nº 2 (2004), p. 89 e ss.

[511] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 600-2. No direito alemão, v., dentre outros, *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, p. 144.

[512] Cf. *BK*, art. 1, p. 12/1.

[513] Essa a oportuna ponderação de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 600.

[514] Cf. a lição de J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 301-2.

[515] Nesse sentido, dentre tantos, J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 305-6, ressaltando o escasso grau de vinculatividade das diretivas constitucionais materiais na esfera dos direitos a prestações, deixando para o legislador um espaço autônomo considerável no âmbito de sua liberdade de conformação. Também D. Murswiek, *in: HBStR V*, p. 266, observa que a medida e intensidade da vinculação aos direitos prestacionais sociais dependem fundamentalmente do grau de concretude de cada norma ao nível constitucional, o que apenas é possível constatar à luz de cada caso.

Em que pesem essas distinções, que relativizam mas não afastam a eficácia vinculante dos direitos a prestações também no que diz com os tribunais, assume relevância a perspectiva jurídico-objetiva destes direitos fundamentais, que, no mínimo, consoante já ressaltado, servem como parâmetro para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, exercendo, na medida em que autorizam eventuais restrições a direitos, também uma função como fundamento de restrições não expressamente autorizadas de direitos fundamentais,[516] que, por sua vez, se encontra sujeita à fiscalização do Poder Judiciário e aos ditames do princípio da proporcionalidade.

Ainda no âmbito de uma vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais, não se deverá perder de vista que os próprios atos judiciais que atentem contra os direitos fundamentais poderão constituir objeto de controle jurisdicional, fiscalização esta que, entre nós, é exercida, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de autêntica Corte Constitucional, a quem incumbe, na medida em que ele próprio vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais, não apenas a guarda, mas o próprio desenvolvimento da nossa Lei Fundamental.

Por derradeiro, não há como não deixar de levar a sério o problema de uma vinculação interna no âmbito do Poder Judiciário, no sentido – aqui na perspectiva indicada por Daniel Wunder Hachem – de que a obediência aos precedentes poderá, ao menos em regra, ser um modo de realização importante dos direitos fundamentais, inclusive e mesmo com destaque para os direitos sociais, notadamente para uma tutela igualitária.[517]

3.5.2.5. A assim denominada eficácia"privada" ou" horizontal" dos direitos fundamentais (a problemática da vinculação dos particulares às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais)

Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares.[518] Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais,[519] encontrando o seu maior desenvolvimento no âmbito da doutrina e jurisprudência constitucional alemã da segunda metade do século XX, passando também a atrair – embora mais recentemente – as atenções da doutrina europeia em geral,[520] além de constituir um dos

[516] Cf. A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 268.

[517] D. W. Hachem, Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais, in: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Ano 15, nº 59, p. 63-91, jan./mar. 2015.

[518] Cuida-se de problema distinto, mas conexo, com a assim denominada "eficácia vertical" que – inobstante certa imprecisão terminológica – versa sobre a vinculação do legislador e juiz "privados" aos Direitos Fundamentais, que, consoante leciona C. W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 11 e ss., (existe tradução para a língua portuguesa pela Editora Almedina, Coimbra, sob o título *Direitos Fundamentais e Direito Privado*) é inquestionável e virtualmente não mais objeto de contestação.

[519] Nesse sentido, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 603.

[520] A esse respeito, v. J. Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 162 e ss., que faz referência (ainda que não de forma exaustiva e, além disso, relativamente desatualizada) a uma série de posições doutrinárias nesta seara, no âmbito do direito alemão, austríaco, francês, italiano e português. No âmbito da doutrina espanhola, onde o tema tem sido versado com relativa frequência, destaca-se a monumental obra de J. M. Bilbao Ubillos, *La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

mais controversos temas da dogmática dos direitos fundamentais.[521] Sem que se vá aqui adentrar mais as questões de ordem terminológica e conceitual[522] e considerando os diversos desdobramentos que a matéria suscita, não nos será possível lançar aqui mais do que algumas considerações gerais a respeito da vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais, assunto que, aliás, inobstante alguns estudos pioneiros de inequívoco valor, (ainda) reclama o devido enfrentamento no direito pátrio.[523] Nesse sentido, já que onde não se controverte talvez não haja o que controverter, é até mesmo de indagar até que ponto a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não poderia ser até um problema meramente ilusório. Não nos parece, contudo, que seja este o caso, razão pela qual não nos furtamos – ainda que de forma virtualmente tangencial – a abordar o tema. Se até mesmo no direito lusitano, no qual a Constituição vigente expressamente consagra uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais (art. 18/1), não se registra um consenso quanto ao alcance e à forma desta vinculação, o que não dizer do direito constitucional pátrio, no qual inexiste cláusula similar?

Com efeito, tomando-se como ponto de partida justamente o direito português, constata-se que o postulado constitucional da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais não revela, contudo, qual a sua amplitude e intensidade, isto é, o *modus vinculandi*. Assim, questiona-se, por exemplo, se a vinculação das entidades privadas assume as mesmas feições da vinculação dos poderes públicos, bem como se a expressão "entidades privadas" se refere a cada particular ou se apenas engloba determinadas pessoas privadas.[524]

[521] Para além do exposto, cuida-se de tema central para a assim denominada constitucionalização do Direito Privado, que, de acordo com a expressiva formulação de L. E. Fachin, *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, p. 317, representa uma autêntica "virada de Copérnico".

[522] Com efeito, como já tivemos oportunidade de apontar em outra ocasião (v. o nosso já citado "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares dos direitos fundamentais", p. 112 e ss.) verifica-se um dissenso no que diz com a terminologia apropriada, sendo cada vez maiores as críticas em relação às expressões mais conhecidas, como é o caso da *Drittwirkung* (eficácia em relação a terceiros ou eficácia externa) dos alemães, mas também da expressão eficácia horizontal, já que, relativamente ao primeiro termo, não estaria em causa verdadeiramente um terceiro nível eficacial (tendo em conta que os direitos ou operam nas relações indivíduo-Estado ou na esfera das relações das pessoas privadas entre si), ao passo que a expressão eficácia horizontal não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder entre indivíduos e portadores de poder social, que, no que diz com o exercício de poder e imposição da vontade em detrimento da outra parte da relação jurídico-privada, assumem feições manifestamente verticalizadas, no sentido de similares às relações entre os particulares e o poder público. Por tais razões, o mais apropriado é, de fato, falarmos de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou mesmo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

[523] Destaquem-se, nesse contexto, as contribuições de G. Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 55 e ss., G. F. Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 207 e ss. e L. A. Heck," Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil", *in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* nº 16 (1999), p. 111-125. Desenvolvendo bem mais o tema do que o fizemos nesta obra, *v.* também o nosso "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", *in: A Constituição Concretizada*, p. 107 e ss. Dentre a literatura mais recente, assumem relevo as teses de doutoramento de D. Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. W. Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, assim como o ensaio de L. Martins. "Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas", *in: Revista da Escola Paulista de Magistratura*, ano 5, nº 2 (2004), p. 89-127, enfatizando justamente a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada e suas aplicações concretas, ainda que nem sempre pelo mesmo prisma que o aqui sustentado. Por último, v. V. Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, São Paulo: Malheiros, 2005, bem como a tese de doutoramento de J. R. G. Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, especialmente p. 431 e ss., no contexto mais amplo do problema dos limites e restrições dos direitos fundamentais. Sustentando a tese da eficácia indireta e privilegiando a visão dominante do direito alemão, confira-se também D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 104 e ss.

[524] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 281.

Antes de nos aventurarmos a enfrentar o problema, há que proceder à sua delimitação. Assim, excluem-se da discussão, notadamente no que diz com uma eficácia direta, todos os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm por destinatário única e exclusivamente os órgãos estatais.[525] Como exemplos, poderíamos citar os direitos políticos,[526] algumas das garantias fundamentais na esfera processual (como o *habeas corpus* e o mandado de segurança).[527] Já no que diz com os direitos sociais, o exemplo do direito subjetivo ao ensino fundamental (público) obrigatório e gratuito (art. 208, inciso I, da CF) é ilustrativo da circunstância de que o destinatário – sujeito passivo – direto e imediato deste direito é o poder público, e não um particular, o que não afasta a incidência de efeitos em relação a particulares e nem a existência de deveres fundamentais, no caso, em caráter ilustrativo, o dever da família (pais ou responsáveis) de zelar pela escolaridade mínima do filho. De qualquer modo, a vinculação direta dos particulares aos direitos sociais tem sido objeto de polêmica[528] também no direito brasileiro, aspecto que aqui não poderá ser mais desenvolvido.[529] De outra banda, o problema poder-se-á considerar parcialmente resolvido no caso dos direitos fundamentais que, em virtude de sua formulação, se dirigem (ao menos também) diretamente aos particulares,[530] tais como o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV e V, da CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII, da CF). Tal ocorre também com diversos dos direitos sociais, de modo especial no que diz com os direitos dos trabalhadores que têm por destinatário os empregadores,

[525] Cf. a oportuna lembrança de J. Miranda, *Manual IV*, p. 284, e de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 606. Assim também K. Hesse, *Grundzüge*, p. 157.

[526] A exclusão dos direitos políticos no que diz com uma aplicação às relações entre particulares não afasta, como bem demonstra D. Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 350 e ss., uma possível eficácia indireta em alguns casos, notadamente em função da ampliação do espaço democrático na própria esfera privada (não público-estatal) ponto que, todavia, reclama ainda um maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, dadas as suas implicações. Nesse particular, revisa-se a afirmativa peremptória no sentido da negativa de uma possível aplicabilidade dos direitos políticos às relações privadas sustentada, à luz de importante doutrina estrangeira, nas edições anteriores.

[527] Cumpre destacar, no que diz com as assim designadas garantias processuais (em verdade, melhor denominados de direitos e/ou princípios-garantia), que boa parte daquelas pode e deve ser aplicada às relações entre privados. Neste ponto, reportamo-nos à jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a necessidade de observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório nos casos de exclusão de associado de uma cooperativa (pessoa jurídica de direito privado), como dá conta o julgamento no RE nº 158215-4/RS, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, publicado no DJU de 07.06.1997. Tal tese foi recentemente confirmada em situação similar envolvendo o afastamento de associados de uma sociedade civil, com destaque para a circunstância de que nesta última decisão houve uma fundamentação dogmática mais desenvolvida, notadamente no que diz com o voto do Relator, Min. Gilmar Mendes (v. RE nº 201818-RJ).

[528] Para A. E. Pérez Luño, "La positividad de los derechos sociales en el marco constitucional", *in: Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*, 2008, p. 146 e ss., aponta, inclusive, para o que chama de "caráter ideológico" da negativa de uma eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares.

[529] Importa frisar, no que diz com os direitos sociais, que de modo geral há sim como sustentar uma eficácia (direta e/ou indireta) destes direitos no âmbito das relações entre particulares, não só, mas especialmente no que diz com o seu conteúdo em dignidade humana, no contexto do que se tem designado de um mínimo existencial. Sobre a discussão, v., entre nós, as posições (em parte divergentes) esgrimidas por D. Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 332 e ss., W. Steinmetz, *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, p. 274 e ss. (embora negando uma eficácia direta dos direitos sociais de cunho prestacional) e o nosso recente estudo "Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares", *in:* D. Sarmento e F. Galdino, *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*, p. 551 e ss.

[530] Nesse sentido, igualmente, a lição de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 606, J. Miranda, *Manual IV*, p. 284-5, e K. Hesse, *Grundzüge*, p. 157, este último lançando mão de exemplos extraídos da Lei Fundamental alemã.

em regra, particulares. Em todas as hipóteses referidas não há, na verdade, questionar uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

A despeito das distinções apresentadas, designadamente quando em causa uma possível eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas e a vinculação de particulares na condição de sujeitos passivos de direitos fundamentais, importa consignar o magistério de Jorge Reis Novais, que refuta a afirmação de que existem direitos que apenas se dirigem aos órgãos estatais, ao passo que existiriam outros direitos apenas direcionados aos particulares, visto que a constitucionalização de um direito como fundamental, seja qual for a sua natureza, implica um leque comum de interrogações e reclama uma resposta generalizável, no sentido de aplicável a todos os direitos.[531]

Se, contudo, mesmo nos casos em que parece indiscutível uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é possível questionar qual a forma desta vinculação (se direta ou indireta), quanto mais o problema ganha em relevância em se tratando de direitos fundamentais nos quais uma vinculação não transparece de forma assim tão inequívoca, ressaltando-se, mais uma vez, que o nosso Constituinte não previu expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Não nos esqueçamos de que mesmo no que diz com a vinculação das entidades públicas a abrangência e forma desta eficácia vinculante revelam uma miríade de aspectos específicos, dentre os quais não são poucos os que ainda aguardam por uma solução consensual na esfera doutrinária e jurisprudencial.

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado,[532] no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas,[533] como dão conta, entre tantos outros, os

[531] Cf. J. R. Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 70-71, registrando-se que a aceitação, em princípio, da relevância do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas para todos os direitos, não significa concordância, pelo menos não em toda a sua extensão, com as conclusões do autor, notadamente naquilo em que refuta (ao contrário da tese por nós adotada) uma eficácia direta dos direitos fundamentais em relação a particulares.

[532] Sobre o modelo liberal-burguês e as relações entre Constituição e Direito Privado v. o recente contributo de E. Facchini Neto, "Reflexões histórico-evolutiva sobre a constitucionalização do direito privado", *in*: I. W. Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, especialmente p. 16 e ss., bem apontado para o fato de que para além de uma dissociação do público e do privado, a ordem social e jurídica burguesa caracterizava-se por um primado do privado em relação ao público.

[533] Cf. V. M. P. D. Pereira da Silva, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 43-4, que também chama a atenção para o fato de que no âmbito da crise do Estado Social se constata uma tendência cada vez maior no sentido de uma descentralização e distribuição do poder entre as forças sociais. Nesse sentido também, a lição de J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 272-4. Nesta mesma linha situa-se o entendimento de C. L. Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 225 e ss., destacando a necessidade de proteção de determinados segmentos sociais contra

exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho[534] e a proteção dos consumidores.[535] Em tais domínios, manifestam-se, com particular agudeza (como, de resto, em outros casos onde está em causa a tutela de pessoas e grupos socialmente fragilizados e mais vulneráveis mesmo na esfera das relações privadas) tanto as questões ligadas aos deveres de proteção dos órgãos estatais e a sua vinculação às normas constitucionais, quanto a questão da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos atores privados propriamente ditos.

É nesse contexto que assume relevo a assim denominada (e já analisada) perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais.[536] A propósito, verifica-se que a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado.[537] Há que acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois aspectos principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares.[538] Nesta perspectiva, como bem nos recorda Cláudia Lima Marques, estão certos os que consideram a Constituição – com destaque para os princípios e direitos fundamentais na sua dupla perspectiva objetiva e subjetiva, poderíamos acrescentar – o marco para a reconstrução do direito privado mais social e preocupado com os atores sociais mais vulneráveis, de tal sorte que a Constituição atua simultaneamente como garantia e limite do direito privado.[539]

o exercício do poder social. Mais recentemente, J. Martins-Costa, "Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil", *in:* I. W. Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 68 e ss., sustentou a relevância da eficácia protetiva dos direitos fundamentais (no âmbito dos deveres estatais de proteção) para a superação da separação entre público e privado e o déficit em eficácia (e efetividade) da Constituição e dos direitos fundamentais na esfera jurídico-privada.

[534] A respeito dos deveres de proteção e a problemática da vinculação dos particulares na esfera das relações de trabalho, v., entre nós, em especial – considerando o enfoque da abordagem – os recentes desenvolvimentos de F. R. Gomes, *O Direito Fundamental ao Trabalho*, p. 153 e ss., J. F. Ledur, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 38 e ss. (embora procedendo a uma abordagem mais genérica, na perspectiva dos direitos fundamentais em geral e dos direitos sociais em particular). Igualmente cuidando também dos deveres de proteção dos trabalhadores em harmonia com a dogmática constitucional dos direitos fundamentais e no contexto da sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, v., ainda, R. T. Cavalcante, *Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[535] Versando sobre a proteção dos consumidores na perspectiva dos direitos fundamentais e da problemática da sua eficácia nas relações privadas, v., entre outros, B. Miragem, "Direito do Consumidor como Direito Fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito", *in*: *Revista de Direito do Consumidor* nº 43, 2002, p. 111-133, assim como, por último, C. L. Marques, "O novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a Drittwirkung no Brasil", *in*: *Revista de Direito do Consumidor* nº 61, jan.-mar./2007, p. 40-76.

[536] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 273-4. No mesmo sentido, v. J. Machado, *Liberdade de Expressão*, p. 410, reconhecendo ao Estado o papel de "guardião" dos direitos fundamentais.

[537] Assim também J. Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 158-9, e R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 477 e ss.

[538] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 274.

[539] Cf. C. L. Marques, "O novo Direito Privado brasileiro...", op. cit., p. 42.

A partir de tais premissas no que diz com a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, para além das hipóteses em que uma vinculação direta (imediata) dos particulares resulta inequivocamente do enunciado da norma de direito fundamental, controverte-se a respeito da forma como se dá essa vinculação, oscilando a doutrina entre os que advogam a tese da eficácia mediata (indireta) e os que sustentam uma vinculação imediata (direta), ressaltando-se a existência de posicionamentos que assumem feição mais temperada em relação aos modelos básicos referidos, situando-se, por assim dizer, numa esfera intermediária.

De acordo com a primeira corrente, que pode ser reconduzida às formulações paradigmáticas do publicista alemão Dürig, os direitos fundamentais – precipuamente direitos de defesa contra o Estado – apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, falando-se, nesse sentido, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado.[540] Já para a corrente oposta, liderada originalmente por Nipperdey e Leisner, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.[541]

Sem adentrar especificamente o mérito destas concepções e das variantes surgidas no seio da doutrina constitucional, é possível constatar – a exemplo do que sustenta Vieira de Andrade – uma substancial convergência de opiniões no que diz com o fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos.[542] Ainda nesse contexto, sustentou-se, acertadamente, que em qualquer caso e independentemente do modo pelo qual se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (isto é, se de forma imediata ou mediata), se verifica, entre as normas constitucionais e o direito privado, não o estabelecimento de um abismo,

[540] Nesse sentido, v. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 276-7, e V. M. P. D Pereira da Silva, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 45.

[541] Cf. a apresentação efetuada por V. M. P. D. Pereira da Silva, *in*: *RDP* nº 82 (1987), p. 45, e J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 277-8.

[542] Essa a conclusão a que chegou J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 284. Também J. Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 167 e ss., rechaça a tese de que a ordem constitucional permita ou imponha o sacrifício absoluto da autonomia privada em favor da eficácia imediata dos direitos fundamentais, já que a autonomia privada se encontra ao menos implicitamente reconhecida e assegurada pela Constituição como direito ou princípio fundamental. Também entre nós podemos partir da premissa de que o Constituinte, se não erigiu a autonomia privada à condição de direito ou princípio fundamental expresso, a reconheceu e protegeu na condição de princípio implícito, como dão conta, por exemplo, o art. 1º, inc. IV (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa), o direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*), a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, inc. XIII), o direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII) e de herança (art. 5º, inc. XXX), entre outros. Nesta mesma linha, admitindo uma vinculação direta dos particulares ao conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, situam-se as recentes e preciosas contribuições de J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, p. 150 e ss., bem como de P. Mota Pinto, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *in*: *Portugal-Brasil 2000*, p. 241-43.

mas uma relação pautada por um contínuo fluir, de tal sorte que, ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição.[543] É justamente por essa razão que, para muitos, o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitui, em verdade, mais propriamente um problema relativo à conciliação dos direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado.[544]

O que se percebe, desde logo, na esteira da melhor doutrina, é a inexistência de soluções uniformes nesta seara,[545] já que, além de não ser possível enquadrar igualmente todos os atores privados no que diz com a sua posição peculiar no contexto da vinculação aos direitos fundamentais,[546] a eficácia direta ou indireta apenas pode ser aferida à luz do caso concreto, dependendo, em princípio, da existência de uma norma de direito privado e da forma como esta dispõe sobre as relações entre os particulares, destacando-se as seguintes hipóteses: a) poder-se-á sustentar que a concretização de determinadas normas de direitos fundamentais por intermédio do legislador ordinário leva a uma aplicação indireta da Constituição na esfera das relações privadas, no sentido de uma aplicação mediada pelo legislador, que, na edição das normas de direito privado, deve cumprir e aplicar os preceitos relativos aos direitos fundamentais;[547] b) uma aplicação indireta da Constituição também se verifica quando o legislador ordinário estabeleceu cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelos valores constitucionais, de modo especial os contidos nas normas de direitos fundamentais.[548] Por derradeiro, estar-se-á em face de uma aplicação direta da Constituição quando inexistir lei ordinária concretizadora, não houver cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou mesmo quando o seu campo de aplicação for mais restrito do que o das normas constitucionais.[549]

No âmbito da literatura jurídica destacam-se duas constelações distintas, no que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, quais sejam, as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social, bem como as relações entre os particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade, já que situadas fora das relações de poder.[550] Precisamente no que diz com a primeira alternativa, constata-se a existência de relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os

[543] Cf. V. M. P. D. Pereira da Silva, *in*: *RDP* nº 82 (1987), p. 46.

[544] Cf. V. M. P. D. Pereira da Silva, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 45. Dentre outros, não se poderá deixar de destacar aqui, nesse sentido, a posição do ilustre catedrático e estadista C. A. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 74 e ss, que sustenta, como regra geral, uma eficácia apenas mediata (indireta) dos direitos fundamentais nas relações privadas.

[545] Cf. a oportuna lembrança de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 607.

[546] Cf., dentre outros, a oportuna referência de B. Aláez Corral, "Los sujetos de los derechos fundamentales", *in*: *Teoría general de los derechos fundamentales...*, p. 102, igualmente advogando a necessidade de uma modulação dos efeitos dos direitos fundamentais nesta seara.

[547] Nesse sentido, a lição de V. M. P. D. Pereira da Silva, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 46, e de maneira semelhante, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 609, ressaltando que neste caso existe uma vinculação direta do legislador, ao editar novas normas privadas.

[548] Cf. V. M. P. D. Pereira da Silva, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 46.

[549] Cf., também, V. M. P. D. Pereira da Silva, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 46.

[550] Paralelamente a essas duas possibilidades, J. Miranda, *Manual IV*, p, 289, identificou um terceiro grupo de relações, quais sejam, as que se estabelecem dentro de grupos, associações e pessoas coletivas, bem como entre os seus membros e os poderes públicos. Parece-nos, contudo, que esta terceira constelação se equipara virtualmente às relações entre particulares (pessoas físicas ou jurídicas) e os poderes estatais, similar à que caracteriza o tradicional esquema indivíduo-Estado.

princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, já que se cuida induvidosamente de relações desiguais de poder, similares às que se estabelecem entre os particulares e os Poderes públicos.[551] Relativamente à intensidade, sustenta a doutrina majoritária que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – em se tratando de detentores de poder social – será também equivalente à que se verifica no caso dos órgãos estatais.[552] Pelo contrário, quando se trata de relações igualitárias, o problema não se revela de fácil solução, registrando-se acentuada controvérsia nesta seara.

Todavia, aspectos há a respeito dos quais é possível detectar certo consenso. Assim, reconhece-se, no âmbito da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que todos, Estado e particulares, se encontram a estes vinculados por um dever geral de respeito, situação que costuma ser identificada com uma eficácia externa dos direitos fundamentais, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, na qual está em jogo determinado direito fundamental.[553] Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra (segundo os defensores desta concepção), prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal.[554] Não é demais lembrar que, no concernente aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa assume a condição de limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais (pelo menos no que diz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direito especificamente considerado).[555]

Nas relações entre particulares – para além da vinculação das entidades dotadas de algum poder social e afora as hipóteses excepcionais ventiladas –, é possível sustentar, em qualquer hipótese, ao menos uma eficácia mediata (ou indireta) dos direitos fundamentais, no âmbito do que os alemães denominaram de eficácia irradiante

[551] Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 285, ressaltando que se deverá tratar, pelo menos, de um poder de fato inequívoco e objetivamente determinável, sendo insuficiente uma dependência subjetiva ou momentânea, posição compartilhada por V. M. P. D. Pereira da Silva, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 47. Também J. Miranda, *Manual IV*, p. 289, e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 610-11, parecem adotar esse entendimento. No direito alemão, v. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 160, que se posiciona favoravelmente a uma vinculação direta dos particulares nos casos em que se cuida do exercício de poder econômico e social, e a liberdade fundamental individual se encontra particularmente ameaçada.

[552] Cf. V. M. P. D. Pereira da Silva, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 48.

[553] Cf. também V. M. P. D. Pereira da Silva, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 48-50.

[554] Essa a solução apontada por J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 293-4, ressaltando que também uma renúncia, no sentido de uma autorrestrição, por parte do titular do direito fundamental tem por limite o conteúdo essencial representado pela dignidade da pessoa humana. Nesse sentido situa-se também o entendimento de V. M. P. D. Pereira da Silva, *in: RDP* nº 82 (1987), p. 49-50, distinguindo nitidamente entre uma vinculação a título principal das entidades privadas poderosas e uma vinculação de cunho secundário dos demais particulares, consistente num dever geral de respeito, evitando-se assim uma ordem jurídica totalitária, que não deixa espaço para a liberdade individual e a autonomia privada.

[555] Cf. o nosso *A Dignidade da Pessoa Humana...*, p. 115 e ss. A propósito, ainda, da influência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre as relações entre particulares e a ordem jurídica privada em geral, v. a notável e oportuna coletânea organizada por J. Martins-Costa, *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, reunindo diversos ensaios de valor sobre o tema.

(*Ausstrahlungswirkung*), que pode ser reconduzida à perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Isto significa, em última análise, que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente (mas não exclusivamente) ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado.[556] Nesse contexto, a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais "traduz o seu reconhecimento como princípios imediatamente conformadores da ordem jurídica, dotados de um efeito irradiante para as relações sociais em que não participam entidades públicas, ou entidades a que tenham sido atribuídas prerrogativas de direito público".[557] De acordo com a orientação dominante no Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, os direitos fundamentais exercem sua influência na esfera do direito privado por intermédio dos dispositivos que regem cada área específica do direito, de modo especial, por meio das cláusulas gerais e dos conceitos carentes de interpretação e integração.[558] Uma desconsideração desta eficácia irradiante, por outro lado, significa ofensa aos direitos fundamentais, passível de dedução em Juízo, inclusive por intermédio do controle das decisões judiciais atentatórias à Constituição e, de modo especial, aos direitos fundamentais, por parte da jurisdição constitucional, entre nós exercida, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal.[559]

Se a tese da assim designada eficácia mediata (indireta) segue dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, inclinamo-nos hoje – pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) *prima facie* também dos particulares aos direitos fundamentais,[560] sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pela qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas[561] mediante recurso, em especial, à ponderação e correlato teste da proporcionalidade.[562]

Se na doutrina brasileira, como já se fez questão de destacar, o desenvolvimento do tema já é significativo, prevalecendo a tese de uma eficácia direta não absoluta e diferenciada, na esfera da jurisprudência do STF, salvo em decisões isoladas, praticamente não se estruturou uma dogmática consistente e conclusiva no tocante ao tema. O mais importante caso apreciado, especialmente em virtude da alentada discussão promovida entre os Ministros, destacando-se a atuação do Ministro Gilmar Mendes,

[556] Cf., dentre outros, K. Hesse, *Grundzüge*, p. 155 e ss., e Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p. 51-2.

[557] Cf. lição extraída de J. Machado, *Liberdade de Expressão*, p. 412-3, na esteira de importante doutrina alemã.

[558] Cf. *BVerfGE* 73, 261 e ss.

[559] Nesse sentido a lição de Jarass-Pieroth, p. 48-9. Não esqueçamos que, de acordo com o art. 102, inc. III, alínea *a*, da CF de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal, no âmbito de sua função precípua de "guarda da Constituição", julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.

[560] Cf. já vínhamos sustentando desde o nosso já citado *Direitos Fundamentais e Direito Privado...*, p. 157, posição esta também advogada recentemente em Portugal, com expressa referência ao nosso estudo, por B. F. da Silva Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 86 e ss.

[561] Para maior desenvolvimento das premissas do nosso entendimento, remetemos ao já referido "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", *in*: *A Constituição Concretizada*, p. 107-163.

[562] Nesse sentido, v., por todos, D. Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, op. cit., p. 259 e ss., sugerindo uma série de critérios para tal processo de ponderação.

que, em alentado e muito bem fundamentado voto, sustentou a aplicabilidade direta do direito à ampla defesa à relação privada em causa, todavia, dificilmente poderá servir de parâmetro seguro para a evolução posterior, pois se tratava de situação envolvendo uma organização privada, detentora de poder social, a União Brasileira de Compositores, que integra a estrutura do ECAD, e não de uma relação de entre duas pessoas físicas em uma relativa igualdade de condições, de tal sorte que, no bojo de sua argumentação, o Ministro Gilmar Mendes chegou a invocar a doutrina da *state action* norte-americana, que precisamente parte da premissa de que onde existe presença do Estado (e apenas nessa medida) se pode falar em vinculação dos particulares aos direitos constitucionais.[563] De outra parte, é certo que também foram colacionados argumentos adicionais em prol de uma eficácia direta, mas, como bem observou Daniel Sarmento, não se chegou (salvo no voto do Min. Celso de Mello) a sustentar uma eficácia direta em termos generalizados na esfera das relações privadas, de tal sorte que – inclusive pelo fato de se trata de decisão por apertada maioria, já que a Min. Ellen Gracie e o Min. Carlos Velloso negavam a relevância constitucional na hipótese – apenas a evolução futura da jurisprudência do STF poderá ofertar dados mais seguros.[564]

De outra parte, há que levar em consideração a necessidade de se tomar a sério, também na esfera de uma eficácia (especialmente em se cuidado de uma eficácia direta!) dos direitos fundamentais nas relações privadas,[565] a crítica de que se está a deslocar para o Judiciário a decisão final sobre a ponderação dos direitos esgrimidos entre os sujeitos privados, ainda mais quando se está a invocar valores mais ou menos abstratos e sujeitos às mais variadas interpretações,[566] o que, no nosso entender, não impede uma eficácia direta (ainda mais no sentido de uma eficácia direta *prima facie*), mas impõe cautela redobrada no seu manejo. Tal entendimento, dentre outras razões que aqui não iremos desenvolver, justifica-se especialmente entre nós, pela previsão expressa da aplicabilidade direta (imediata) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, por sua vez, não se contrapõe ao fato de que, no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipótese de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência da cada um.[567] Tal aspecto, aliás, nos remete ao próximo tópico, que versa precisamente sobre as restrições aos direitos fundamentais.

[563] Cf. o RE n° 201.819-8-RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 2005.

[564] Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas na esfera da jurisprudência do STF, v., por todos, a excelente síntese e análise de D. Sarmento, "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", *in*: D. Sarmento e I. W. Sarlet (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, especialmente p. 147 e ss.

[565] Cf. J. R. Novais, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, especialmente p. 105 e ss.

[566] Cf. a nota crítica de A.R. de Souza Cruz, *Hermenêutica Jurídica E(m) Debate*, p. 354-55, para quem (e aqui não se está a concordar com o autor em toda a extensão) a "teoria da eficácia direta precisa ser depurada da noção de que ela só possa ser empregada por meio de uma teoria da argumentação de natureza axiológica".

[567] É nesse sentido que se posiciona J. Miranda, *Manual IV*, p. 289-90, entendimento compartilhado por J. Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 170-1.

4. A proteção dos direitos fundamentais em face de suas restrições: âmbito de proteção, limites e limites aos limites dos direitos fundamentais, com destaque para a proteção em face da atuação do poder de reforma constitucional e da assim designada proibição de retrocesso

4.1. Considerações introdutórias

No atual estágio evolutivo da dogmática constitucional brasileira, já é possível afirmar que, a despeito da – em termos comparativos com outras ordens jurídicas, com particular atenção para a alemã, espanhola e a portuguesa – ainda relativamente escassa literatura específica produzida sobre o tema, pelo menos no que diz respeito à produção monográfica, a temática dos limites e restrições aos direitos fundamentais (bem como dos correlatos temas das colisões de direitos e da tutela contra a ação do legislador e do poder público em geral) já ocupa um lugar de destaque no cenário jurídico, seja no plano doutrinário, seja na esfera jurisprudencial.[568] Nesta senda, embora não seja o nosso intuito proceder a uma análise abrangente e exaustiva do tema (o que mesmo uma monografia teria dificuldade de realizar na extensão desejável), a inserção do presente capítulo, que se soma aos capítulos sobre a proteção dos direitos fundamentais em face da atuação do poder de reforma constitucional e em face

[568] No âmbito apenas das monografias específicas nacionais, cujo objeto principal é o estudo da problemática dos limites e restrições, v., em especial, S. de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília-Jurídica, 1996; G. F. Mendes, I. M. Coelho; P. G. G. Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000; E. P. Farias, *Colisão de Direitos*, 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000; D. Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; W. A. Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; J. G. Schäfer, *Direitos Fundamentais. Proteção e Restrições*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; R. M. Bornhold, *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, São Paulo: RT, 2005; J. R. G. Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006 (p. 131 e ss.), bem como L. F. C. de Freitas, *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

da assim designada proibição de retrocesso, presentes já na primeira edição, embora constantemente atualizados, objetiva suprir um vazio que exigia ser preenchido, especialmente para o efeito de dar ao livro a configuração de uma teoria geral dos direitos fundamentais.

Em termos metodológicos, notadamente no que diz com a organização dos tópicos, é preciso registrar que a proteção dos direitos fundamentais contra a ação do poder de reforma constitucional, que constitui modalidade da atuação legislativa em termos de possíveis supressões ou restrições de direitos, embora tenha importantes pontos em comum com a problemática mais ampla dos limites e restrições, será tratada em item apartado, visto que, de outra parte, apresenta – o que pela sua evidência dispensa maiores digressões nesta quadra – aspectos peculiares a serem enfrentados. Já no concernente à proibição de retrocesso, a opção do tratamento em separado, há que reconhecer, assume feições mais controversas. Com efeito, poder-se-á objetar que a proibição de retrocesso constitui uma espécie de limite aos limites dos direitos fundamentais, sendo este o local indicado para a sua inserção. Por outro lado, não se pode olvidar que há mesmo quem diga que a proibição de retrocesso sequer existe como categoria jurídico-constitucional, pois se trata – segundo essa linha de entendimento – apenas de uma forma de excluir os direitos sociais do regime geral que preside os limites e restrições de todos os direitos fundamentais. Ainda assim, optamos por manter a abordagem da proibição de retrocesso em item apartado, ainda que as pontes que a conectam com a problemática dos limites e restrições aos direitos fundamentais sejam ainda mais fortes do que no caso das reformas constitucionais, por sua vez, também próximas, em certa medida, da proibição de retrocesso. Assim o fazemos em parte movidos por uma dose considerável de comodismo, visto que a realocação, de modo apropriado, da proibição de retrocesso demandaria um esforço neste momento desproporcional para a reconstrução substancial do texto como um todo.

De outra parte – e esse o motivo preponderante – acreditamos que pela sua relevância no âmbito do debate constitucional atual, ainda mais no Brasil, a abordagem em momento distinto e posterior ao tratamento do âmbito de proteção e dos limites e restrições dos direitos fundamentais, viabiliza uma análise mais detida e compreensível do tema, sem prejuízo das necessárias conexões com os outros tópicos. Uma terceira razão, contudo, prende-se ao fato de a própria adequação da inserção na seara dos limites aos limites ou eventual exclusão por completo da proibição de retrocesso, segue sendo objeto de polêmica e reclama a necessária cautela. De qualquer modo, não se vislumbra – o que afinal é o mais importante – prejuízo para o tema em si ou para a devida compreensão por parte do leitor (que, a depender da perspectiva, talvez resulte melhor atendido), de tal sorte que esperamos seja bem recebida a nossa escolha, ainda que passível de alteração no futuro.

Antes de avançar, contudo, é preciso destacar que ainda no que diz com a delimitação do objetivo do capítulo, não trataremos especificamente do problema da colisão e concorrência entre direitos fundamentais nas assim chamadas relações especiais de sujeição.[569]

[569] Sobre as relações especiais de sujeição, v., no Brasil, a obra de C. Sampaio Silva, *Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

4.2. Âmbito de proteção, limites e limites aos limites dos direitos fundamentais

4.2.1. Considerações introdutórias

A dogmática jurídico-constitucional contemporânea apresenta características comuns dotadas de especial importância para a realização normativa dos direitos fundamentais, dentre as quais se destacam três, que, de acordo com a tradição constitucional de matriz germânica, amplamente difundida, encontram correspondência nas seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção (ou suporte fático), limites e limites aos limites dos direitos fundamentais. Tal esquema, aplicável aos direitos fundamentais de um modo geral, acabou sendo recepcionado, ainda que nem sempre com a mesma terminologia e sujeito a algumas variações, em outras ordens constitucionais, inclusive a brasileira, como demonstra farta e atualizada doutrina, bem como atestam uma série de decisões judiciais, mesmo que muitas vezes tal recepção tenha ocorrido sem qualquer referência expressa ao esquema acima exposto. Certo é que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções nesse âmbito de proteção.

Nessa perspectiva, percebendo, como tantos outros, a relevância de tal relação, segue atual a oportuna e perspicaz afirmação feita por Michael Kloepfer (1976), ao referir que o tema diz respeito a estruturas fundamentais da ordem jurídica e a formas de estruturação da garantia constitucional da liberdade individual em face das manifestações do poder estatal, destacando, além disso, mediante o manejo de tal estruturação, abarcando o suporte fático (âmbito de proteção), limites e limites dos limites, a interpretação dos direitos fundamentais conduz a resultados mais claros, previsíveis,[570] e, portanto, como oportuno acrescentar, mais controláveis. Com efeito, considerando que o conteúdo e alcance dos direitos humanos e fundamentais apenas é passível de aferição mediante a inclusão das possíveis limitações às quais os mesmos estão sujeitos, quanto mais preciso for o tratamento jurídico (normativo e dogmático) do problema das limitações e dos seus próprios limites, seja por meio da regulação constitucional direta, seja por meio da ação da doutrina e jurisprudência, mais se estará rendendo a necessária homenagem às exigências da segurança jurídica,[571] portanto, do próprio Estado Democrático de Direito. Não é à toa, portanto, que já se disse que a relevância prática dos direitos fundamentais está estreitamente vinculada à ocorrência de uma restrição, ou seja, de uma intervenção em seu âmbito de proteção, de tal sorte que "estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações".[572]

De outra parte, embora a evolução constitucional tenha revelado uma crescente convergência no que diz com o reconhecimento, em termos gerais, de tais pressupostos, assim como de uma série de categorias que lhes são correlatas (como é o caso da reserva legal, da garantia do núcleo essencial, da proporcionalidade, entre outras), segue indispensável, até mesmo pela relativa diversidade das diretrizes normativas

[570] Cf. M. Kloepfer, "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichs – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde", *in: BVerfG und GG II*, p. 405 e ss.

[571] Cf. a advertência de J. Kokott, "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken", *in*: D. Merten; H.J. Papier (Ed.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. II, p. 855.

[572] Cf. D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 132-33.

adotadas em cada ordem jurídica, com importantes reflexos na doutrina e jurisprudência, privilegiar, ainda que de olhos abertos para o direito comparado, uma análise constitucionalmente adequada. No caso brasileiro, tais considerações são complementadas pela constatação, já enunciada na primeira parte da presente obra, de que o Constituinte optou por quedar silente (ao contrário do que ocorreu na Alemanha, Portugal e mesmo Espanha, para referir os exemplos mais conhecidos) no que diz com o estabelecimento de um regime constitucional expresso e específico em matéria de limites e limites aos limites dos direitos fundamentais, à exceção da previsão de reservas de lei e da proibição de abolição efetiva e tendencial dos conteúdos protegidos contra a reforma constitucional (art. 60, § 4º, da Constituição de 1988). Que tal quadro não pode ser desconsiderado e implica, por si só, se não a impossibilidade (quanto a alguns aspectos) de aplicação, pelo menos a aplicação diferenciada de algumas categoriais, resulta evidente.

Tendo sempre presentes tais premissas, é possível compartilhar do entendimento de Klaus Stern, no sentido de que uma separação clara entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e suas limitações, assim como das possibilidades de limitação e os limites por sua vez postos à limitação dos direitos, não é apenas relevante para uma dogmática "límpida" dos direitos fundamentais, mas também assume importância para o manejo apropriado, especialmente por parte da jurisdição constitucional e do legislador, das normas de direitos fundamentais.[573]

Portanto e como já deflui das considerações precedentes, o presente segmento desta obra versa precipuamente sobre a relação entre o âmbito de proteção, as limitações que lhe são e podem ser impostas, assim como sobre os necessários limites traçados em relação à limitação dos direitos fundamentais e de seu respectivo âmbito de proteção. Nesse contexto, especialmente no que diz com a problemática dos limites e restrições em matéria de direitos fundamentais, não há como dispensar, em primeira linha, um exame, ainda que sumário, do âmbito de proteção dos direitos, razão pela qual é este o primeiro tópico a ser versado.

4.2.2. O âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais

O âmbito de proteção de um direito fundamental, segunda uma posição corrente, que, em termos gerais, é possível endossar, abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica.[574] Com outras palavras, trata-se do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado,[575] que nem sempre se afigura de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos normativos (disposições) que asseguram direitos fundamentais, mas também, entre outras razões, em virtude da dupla dimensão

[573] K. Stern, "Die Grundrechte und ihre Schranken", *in*: P. Badura; H. Dreier (Ed.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 1 (doravante citado como FS BverfG II).

[574] Cf., entre nós, G. F. Mendes, I. M. Coelho e P. G. G. Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 284. Advogando, em sentido – parcialmente – divergente, uma distinção entre o suporte fático e o âmbito de proteção, no sentido de que este é mais restrito do que o primeiro (pelo fato de que o que é protegido constitui apenas uma parte do suporte fático do direito), v., entre nós, V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, 2005, p. 79 e ss., apontando, com razão, para a circunstância de que a noção de suporte fático tem permanecido praticamente desconhecida no âmbito do direito constitucional.

[575] Cf., por todos, S. Correia, *O Direito de Manifestação. Âmbito de Proteção e Restrições*, Coimbra: Almedina, 2006, p.31 e ss.

objetiva e subjetiva e da conexa multifuncionalidade dos direitos fundamentais.[576] Por outro lado, considerando que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva, não tem oferecido maiores dificuldades, tendo sido, de resto, amplamente aceita no direito constitucional contemporâneo, aspecto que aqui não se irá desenvolver.

Todavia, para a adequada discussão sobre a restringibilidade dos direitos e seus respectivos limites, incontornável a análise, ainda que sumária, da contraposição entre as assim designadas "teoria interna" e "teoria externa" dos limites aos direitos fundamentais,[577] visto que a opção por uma destas teorias acaba por repercutir no próprio modo de compreender a maior ou menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais,[578] com reflexos diretos na esfera das suas limitações.

Assim, segundo a assim designada "teoria interna",[579] um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já "nasce" com os seus limites.[580] Nesse sentido, fala-se na existência de "limites imanentes",[581] que consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como "desvantagens" normativas impostas externamente aos direitos,[582] inadmitidas pela teoria interna, visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico.[583] Assim, correta a

[576] Cf., dentre outros, K. Stern, "Die Grundrechte und ihre Schranken", p. 3 e ss.

[577] Importa destacar, para evitar mal-entendidos, que a contraposição de apenas duas teorias (interna e externa) não deverá ser tomada como significando desconhecimento de que há importantes variações no âmbito de cada uma das teorias ou mesmo de que existem concepções que poderiam ser enquadradas, dadas as suas peculiaridades, em separado. A opção pela abordagem "apenas" das teorias interna e externa se deve, pára além da tentativa de uma redução da complexidade do tema, tanto ao fato de serem de longe as duas concepções mais relevantes em termos de sustentação doutrinária e jurisprudencial, quanto pelo fato de ser possível, à luz de ambas, concentrar, no nosso entender, os aspectos mais importantes para o enfrentamento da problemática dos limites e limites aos limites dos direitos fundamentais. No direito brasileiro, para maior diferenciação, v., em especial, entre nós, V. A. da Silva, *O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, em especial p. 163 e ss., bem como, por último, F. de Paula, *A (de)limitação dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65 e ss.

[578] Entre nós, cuidando do âmbito de proteção, v. especialmente, D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 136 e ss., bem como G. F. Mendes, I. M. Coelho e P. G. G. Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 285 e ss.

[579] A respeito da assim chamada teoria interna, no âmbito da produção monográfica nacional, v., por todos, J. R. G. Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 140 e ss., V. A. da Silva, *O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais,* p. 165 e ss., bem como, por último, L. F. C . de Freitas, *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 79 e ss.

[580] Cf. J. J. Gomes Canotilho, "Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado", *in*: I. W. Sarlet (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado,*2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 349, muito embora a noção de limites imanentes para o autor não seja exatamente igual ao entendimento convencional. Nesse sentido, buscando demonstrar as peculiaridades do pensamento de Canotilho quanto ao ponto, v. V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 217-19.

[581] Sobre a noção de limites imanentes, v., na doutrina brasileira, especialmente W. A. Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 43 e ss; J. R. G. Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 182 e ss., V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 168 e ss., e, por último, L. F. C. de Freitas. *Direitos fundamentais: limites e restrições*, p. 83 e ss.

[582] J. J. Gomes Canotilho, "Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado", p. 349.

[583] Cf. M. Borowski, *La Estrutura de los Derechos Fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 68-70.

afirmação de que para a teoria interna o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele.[584] Como bem averba Virgílio Afonso da Silva, é precisamente pelo fato de que, para a teoria interna, os direitos e seus limites formam uma unidade, visto que os limites são imanentes ao direito, que fatores de origem externa, como é o caso de restrições decorrentes da colisão entre princípios, são sempre excluídos, sendo, portanto, inviável a convivência – no âmbito da teoria interna – da ideia de limites imanentes com a noção de restrições no sentido habitual do termo.[585] Por outro lado, a ausência, por parte da teoria interna, de separação entre o âmbito de proteção e os limites dos direitos fundamentais, permite que sejam incluídas considerações relativas a outros bens dignos de proteção (por exemplo, interesses coletivos ou estatais) no próprio âmbito de proteção destes direitos, o que aumenta o risco de restrições arbitrárias da liberdade.[586]

A "teoria externa",[587] por sua vez, distingue os direitos fundamentais das restrições a eles eventualmente impostas, daí a necessidade de uma precisa identificação dos contornos de cada direito. Recorrendo novamente à didática formulação de Virgílio Afonso da Silva, "ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanentes), a teoria externa divide este objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições".[588] Assim, de acordo com a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado.[589] Tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado. Essa distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição,[590] sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos. Em virtude de ser pautada pela referida distinção entre posições jurídicas *prima facie* e definitivas, a teoria externa acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade da imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social.[591] Nessa perspectiva, as limitações impostas a estes direitos deverão observar, por sua vez, outros limites, que têm sido designados de *limites dos limites,* que serão analisados mais adiante.

[584] Cf. V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 165 e ss.

[585] Cf. V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas de direitos fundamentais*, p. 165.

[586] Cf. os desenvolvimentos de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1279 e ss.

[587] Entre nós, sobre a teoria externa, v., em especial, J. R. G. Pereira, Interpretação constitucional e direitos fundamentais,p. 146 e ss. V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 179 e ss., bem como L. F. C. de Freitas, *Direitos Fundamentai. Limites e Restrições*, p. 138 e ss.

[588] Cf. V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 179, com base, em especial, na doutrina de Martin Borowski e Andreas Von Arnauld.

[589] Cf., por todos, M. Borowski, *La Estrutura de los Derechos Fundamentales*, p. 66 e ss.

[590] Cf. R. Alexy, *Teoria de Los Derechos Fundamentales* (trad. de Ernesto Garzon Valdés), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 268.

[591] Nesse sentido, por todos, M. Borowski, *La Estrutura de los Derechos Fundamentales*, p. 68.

Precisar se determinado bem, objeto ou conduta se encontra compreendido no âmbito de proteção de determinado direito fundamental não é, conforme referido, tarefa simples. Na linha de que não apenas se interpretam os textos legais, mas também os fatos a que estes se encontram referidos, há de se proceder a uma cuidadosa investigação acerca de quais realidades da vida se encontram afetas ao âmbito de proteção do direito fundamental examinado. Em suma, o que se busca identificar, com base em especial (mas não exclusivamente, é bom enfatizar!) na literalidade do dispositivo constitucional correspondente, se a esfera normativa do preceito abrange, ou não, uma certa situação ou modo de exercício.

Há casos em que o próprio preceito constitucional não comporta certa conduta ou modo de exercício, de tal sorte que existem determinadas situações que não integram o âmbito de proteção do direito fundamental. Nada obstante, salvo hipóteses em que tais situações estejam manifestamente situadas fora do âmbito de proteção de um direito, afigura-se preferível examinar tais hipóteses no plano dos *limites* dos direitos fundamentais. Nesse contexto, calha referir a lição de Sérvulo Correia, ao sustentar que o âmbito de proteção de um direito não resulta apenas da tipificação de dados pré-normativos, mas que guarda relação com determinadas finalidades constitucionalmente ancoradas e vinculadas a determinados valores, evidenciando a complexidade do processo da identificação e mesmo reconstrução do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, visto que mesmo em se tratando do "perfil *prima facie* do direito fundamental", que ainda não leva em conta as restrições legítimas, há um perfil normativamente pré-determinado a ser respeitado.[592] De outra parte, em caráter complementar, colaciona-se a lição de Klaus Stern, ao apontar para a circunstância de que o âmbito de proteção de um direito fundamental não é determinado pela mera designação do bem protegido (dignidade humana, vida, integridade corporal etc.), mas será obtido, em geral, mediante a cuidadosa interpretação e análise, que leve em conta todos os elementos do suporte fático, visto que apenas quando da determinação do âmbito de proteção do direito, estará definido se alguma situação ou bem jurídico se encontra jusfundamentalmente assegurada, assim como será possível determinar qual ou mesmo quais direitos fundamentais estão em causa.[593]

Tome-se como exemplo o direito fundamental à inviolabilidade de correspondência, previsto no art. 5°, XII, da Constituição Federal de 1988. O STF considerou a interceptação de cartas de presidiários pela administração penitenciária medida excepcional, enquadrando-a como restrição aos direitos fundamentais dos presos – na linha do art. 41 da Lei de Execução Penal – ao invés de considerar o envio de cartas com propósitos criminosos não incluídos no âmbito de proteção do direito fundamental.[594] Percebe-se, desde logo, que tal distinção entre âmbito de proteção e limites oferece significativas vantagens em termos de operacionalidade jurídico-dogmática, correspondendo à exigência de transparência metodológica, especialmente por não misturar interesses divergentes,[595] além de implicar que o ônus da justificação de uma

[592] Cf. S. Correia, *O Direito de Manifestação*, p. 31-34.

[593] Cf. K. Stern, "Die Grundrechte und ihre Schranken", p. 8.

[594] Cf. HC 70814/SP. Rel. Min. Celso de Mello, *DJ de 24 de junho de 1994*.

[595] Cf. J. J. Gomes Canotilho, "Dogmática de direitos fundamentais e direito privado", p. 353, explica de maneira convincente o fato de a teoria externa dos limites aos direitos fundamentais não guardar obrigatoriamente afinidade com posturas que desprezam as dimensões comunitárias do fenômeno jurídico, uma vez que ela não pretende dizer mais do que o seguinte: "primeiro nascem os direitos e as normas garantidoras destes direitos e depois estabelecem-se normas restritivas destes direitos. A regra do direito e a exceção da restrição, eis o esquema básico deste pensamento".

restrição recaia sobre o intérprete que a invoca, o que apenas reforça a tese de que os fins não podem jamais justificar os meios, visto que não apenas o resultado, mas, sobretudo o caminho percorrido da conversão de uma posição *prima facie* (âmbito de proteção) em um direito (ou garantia) definitivo(a) afigura-se decisivo e viabiliza um controle de todo o procedimento.

4.2.3. Os limites dos direitos fundamentais

A identificação dos limites dos direitos fundamentais constitui condição para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo, partilhado com o legislador ordinário.[596] A ideia de que existam limites ou restrições a um direito, que com este não se confundem, embora possa parecer trivial à primeira vista, oculta, todavia, uma série de problemas, resultantes, por um lado, da determinação do significado destes limites, por outro, da eventual distinção do que seja uma limitação e outras atividades normativas.[597]

Limites aos direitos fundamentais, em termos sumários e compreendidos em sentido amplo, podem, numa primeira aproximação e de acordo com a fórmula de Jorge Reis Novais, ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (*aspecto subjetivo*) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (*aspecto objetivo*) que resultem dos direitos fundamentais.[598] Todavia, de acordo com o que corresponde ao entendimento dominante, nem toda a disciplina normativa dos direitos fundamentais pode ser caracterizada como constituindo uma limitação. Muitas vezes as normas legais se limitam a detalhar tais direitos a fim de possibilitar o seu exercício, situações que correspondem aos termos *configurar*, *conformar*, *completar*, *regular*, *densificar* ou *concretizar*, habitualmente utilizados para caracterizar este fenômeno.[599] Algo distinto, contudo, se dá com as limitações de direitos fundamentais, as quais, como visto, reduzem o alcance de conteúdos *prima facie* conferidos a posições de direitos fundamentais mediante a imposição de "cargas coativas".[600] Além disso, há que distinguir as normas que limitam bens jurídicos protegidos *prima facie* das que fundamentam a competência estatal para realizar essas limitações. Com efeito, enquanto as primeiras, as limitações propriamente ditas, consistem em mandados ou proibições dirigidos aos cidadãos (titulares de direitos fundamentais), as últimas

[596] Cf., com razão, W.A. Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 39.

[597] R. Alexy. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 267. e ss; Para maiores desenvolvimentos sobre a questão dos limites aos direitos fundamentais, v., na doutrina brasileira, as monografias de J. G. Schäfer, *Direitos Fundamentais. Proteção e restrições*, 2001; W. A. Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 29 e ss; V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 163 e ss., D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 152 e ss; J. R. G. Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 131 e ss; L. F. C. de Freitas, *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*, p. 77 e ss., e, por último, G. F. Mendes, I. M. Coelho e P. G. G. Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 289 e ss.

[598] Cf. J. R. Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 157.

[599] Registra-se aqui a posição de V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 125, que assume postura crítica em relação à distinção entre o que constitui uma mera regulação (ou regulamentação) e uma restrição, preferindo partir do pressuposto, que asseguraria maior proteção aos direitos fundamentais, de que uma regulação sempre pode vir acompanhada de uma restrição.

[600] Cf. J. J. Gomes Canotilho, "Dogmática de direitos fundamentais e direito privado", p. 346.

– chamadas de reservas legais – não configuram limitações na acepção mais rigorosa do termo, e sim autorizações constitucionais que fundamentam a possibilidade de o legislador restringir direitos fundamentais.[601]

No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecer restrições por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador. Embora tal hipótese possa ser subsumida na segunda alternativa, considera-se que a distinção entre os três tipos de limites referidos torna mais visível e acessível o procedimento de controle da atividade restritiva em cada caso. Além disso, verifica-se que, como já demonstram as três espécies de limitações referidas, que, em qualquer caso, uma restrição de direito fundamental exige, seja direta, seja indiretamente, um fundamento constitucional.[602]

Importa destacar, na esfera dos limites diretamente estabelecidos pela Constituição, que a ideia de que existam limites no interior dos direitos fundamentais (para os partidários da teoria interna tal hipótese equivaleria a uma situação de "não direito", ou seja, algo que constitui o próprio âmbito de proteção do direito) fica, sob certo aspecto, absorvida pela ideia das limitações diretamente constitucionais, visto que as cláusulas restritivas constitucionais expressas, na prática, convertem uma posição jurídica *prima facie* em um não direito definitivo.[603] A título de exemplo, cita-se novamente o direito fundamental à inviolabilidade de correspondência (art. 5°, XII, CF), visto que, apesar previsto como não sujeito a restrição no dispositivo referido, a inviolabilidade em princípio assegurada poderá ser temporária e excepcionalmente condicionada nas hipóteses de estado de defesa e de estado de sítio (art. 136, § 1°, I, *b*; art. 139, III), expressamente previstas na Constituição.

Já no campo das assim designadas restrições indiretas – isto é, das restrições estabelecidas por lei (em sentido formal), com fundamento em autorizações constitucionais, há que enfrentar a problemática das reservas legais,[604] que, em termos gerais, podem ser definidas como disposições constitucionais que autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

As reservas legais, por sua vez, costumam ser classificadas em dois grupos, as reservas legais simples e as reservas legais qualificadas. As reservas do primeiro grupo distinguem-se por autorizarem o legislador a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem estabelecer pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados, implicando, portanto, a atribuição de uma competência mais ampla de restrição. Como exemplo, cita-se o art. 5°, LVIII, da Constituição Federal de 1988:

[601] Cf., por exemplo, R. Alexy, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 272-273.

[602] Cf., por todos, K. Stern, "Die Grundrechte und ihre Schranken", p. 10-11.

[603] Cf., com base na concepção de Alexy, o desenvolvimento de W. A. Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 31 ss.

[604] Sobre o tema das reservas legais, especialmente no contexto das restrições a direitos fundamentais, v., na doutrina nacional, em termos de produção monográfica, D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 153 e ss.; J. R. G. Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 211 e ss.; L. F. C. de Freitas, *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 187 e ss., bem como, por último, G. F. Mendes, I. M. Coelho, P. G. G. Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 296 e ss.

"o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei". Já as reservas legais qualificadas, têm como traço distintivo o fato de estabelecerem pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais, como bem demonstra o clássico exemplo do sigilo das comunicações telefônicas (5°, XII, CF): "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

No campo das distinções entre as espécies de reservas legais, é possível aceitar que noção de reserva legal simples ou qualificada tenha um fundamento diverso, de acordo com a concepção, largamente difundida no âmbito dos manuais de direito constitucional brasileiros, de que reserva legal qualificada é a que exige lei complementar, ao passo que reservas legais simples seriam as que autorizam uma atuação do legislador ordinário. Tal critério, todavia, há se ser compreendido como complementar, pois não afasta, visto que o fundamento é outro, a necessidade de observância da distinção anteriormente explicitada, além de não ser aplicável apenas em matéria de restrições a direitos fundamentais, pois a figura das reservas legais não assume relevância prática apenas nesse campo.

Desde logo, sem que se vá aqui avançar no ponto, é preciso ter presente que o regime jurídico-constitucional das reservas legais está sujeito a rigoroso controle e que existem uma série de exigências daí decorrentes, parte das quais será versada na parte relativa aos limites dos limites dos direitos fundamentais.

De outra parte, como já anunciado, afiguram-se possíveis limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que legitima o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pela Constituição.[605] Em outras palavras, direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais,[606] de tal sorte que há mesmo quem tenha chegado a sustentar a existência de uma verdadeira "reserva geral imanente de ponderação",[607] embora tal afirmação deva ser recebida com a necessária cautela, além da existência de algumas ressalvas, questão que aqui (e por ora), todavia, não será desenvolvida. De qualquer modo, o que importa é que tais hipóteses exigem cautela redobrada por parte dos Poderes públicos.[608]

Como é fácil reconhecer, não é possível ao Constituinte – tampouco ao legislador ordinário – prever e regular todas as hipóteses de colisões de direitos fundamentais.[609] Tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas

[605] Cf. P. Lerche, „Grundrechtsschranken“, *in*: J. Isensee e P. Kirchhof (Ed.), HbStR V, 3ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2007. p. 789-790; Em sentido semelhante, v., entre nós, G. F. Mendes, "Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões", *in*: *Hermenêutica Constitucional e Direitos fundamentais*, p. 240-241.

[606] Cf., por todos, J. Neuner, "O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental", *in*: I. W. Sarlet, (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 247-271.

[607] Cf. J. R. Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 570 ss.

[608] Cf. G. F. Mendes, "Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões", *in*: *Hermenêutica Constitucional e Direitos fundamentais*, p. 227 ss.

[609] Cf. C. M. Cléve e A. R. S. Freire, "Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais", *in*: CUNHA, S. S. da Cunha; E. R. Grau (Orgs.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233-234; V., ainda, R. Alexy, "Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático", *in*: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, 1999, p. 67-69.

prima facie, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá "às custas" do outro.[610] Situações de colisão de direitos fundamentais afiguram-se cada vez mais frequentes na prática jurídica brasileira devido ao alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais levado a cabo pela Constituição Federal de 1988, notadamente em função do já referido caráter analítico do catálogo constitucional de direitos. Muito embora as situações de conflito tenham, em sua ampla maioria, sido regulamentadas pela legislação ordinária, há casos em que a ausência de regulação esbarra na necessidade de resolver o conflito decorrente da simultânea tutela constitucional de valores ou bens que se apresentam em contradição concreta. A solução desse impasse, como é corrente, não poderá dar-se com recurso à ideia de uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios.

Hipótese clássica diz respeito à liberdade de expressão, prevista no art. 5°, IX, CF ("é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"), que, a despeito de não sujeita à reserva legal, pode entrar em rota de colisão com outros direitos fundamentais, como por exemplo, os direitos à intimidade, à intimidade, à honra e à imagem (art. 5°, X,CF), igualmente não sujeita à reserva de lei.

Pelo fato de as normas constitucionais não deverem ser aplicadas mediante a simples exaltação dos valores aos quais se acham referidas, como se tais valores fossem por si só evidentes no que diz com seu conteúdo e alcance (basta ver, em caráter ilustrativo, o que ocorre no que diz com o uso retórico e mesmo panfletário da dignidade da pessoa humana e da própria proporcionalidade), sendo sempre necessária uma fundamentação intersubjetivamente controlável, não basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente,[611] cabendo, portanto, ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais conferir importância distinta aos valores por eles densificados, sempre atento às circunstâncias do caso concreto, mas também igualmente receptivo às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado. Também nesta esfera, com ainda maior impacto do que nas hipóteses decorrentes de expressa reserva legal (onde, relembre-se, o Constituinte autorizou previamente a restrição por parte do legislador), incidem os limites aos limites dos direitos fundamentais, tópico a ser examinado logo na sequência.

4.2.4. Os assim chamados limites aos limites dos direitos fundamentais

4.2.4.1. Noções preliminares

Até meados do Século XX, por conta de uma tradição fortemente vinculada à postura reverencial em relação ao legislador, os direitos fundamentais não raras

[610] Cf. R. Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", *in*: *Der Staat* nº 29, 1990, p. 50 e ss.

[611] Cf. a advertência de H. Ávila, *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed, São Paulo: Malheiros, 2005 p. 56.

vezes tinham sua eficácia esvaziada pela atuação erosiva dos poderes constituídos. Ao longo da evolução dogmática e jurisprudencial, todavia, com destaque merecido para o labor da doutrina e jurisprudência constitucional germânicas, foram desenvolvidos uma série de instrumentos, destinados a controlar as ingerências exercidas sobre os direitos fundamentais, evitando ao máximo a sua fragilização.

Em síntese, o que importa destacar, nesta quadra, é que eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição. Sob perspectiva formal, parte-se da posição de primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico, no sentido de que suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte, representam atos de autovinculação fundamental-democrática que encabeçam a hierarquia normativa imanente ao sistema. No que diz com a perspectiva material, parte-se da premissa de que a Constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, paralelamente, uma ordem de princípios substanciais, calcados essencialmente nos valores da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes.[612]

O controle da constitucionalidade formal e material dos limites aos direitos fundamentais implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se tem convencionado designar de proibição de retrocesso, categorias que, nesse sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais, muito embora a controvérsia que paira sobre a correção da inclusão da proibição de retrocesso nesse contexto. Os limites aos limites dos fundamentais funcionam, portanto, como verdadeiras barreiras à limitação (restrições) destes direitos, sendo, nesta perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções. Na Constituição do Brasil, diferentemente de outros países, como é o caso da Alemanha (art. 19, II, da Lei Fundamental de 1949) e Portugal (art. 18, II e III, da Constituição de 1976), não existe, consoante já adiantado, previsão constitucional expressa a respeito dos limites aos limites dos direitos fundamentais. A tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, todavia, ainda que nem sempre da mesma forma, acabou por recepcionar tal noção, objeto de farta análise doutrinária e expressiva (embora muitas vezes extremamente controversa) prática jurisdicional. Dentre tais limites dos limites, despontam, pela sua repercussão teórica e prática, a proporcionalidade (e a razoabilidade), assim como a garantia do núcleo essencial.

4.2.4.2. Proporcionalidade e razoabilidade como limites dos limites

a) Do princípio da proporcionalidade e sua dupla função como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente.

Embora as ideias de proporção e de razoabilidade, vinculadas à própria noção de justiça e equidade, sempre tenham estado presente no âmbito do fenômeno

[612] Cf., por todos, J. Neuner, "O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental", p. 249-254.

jurídico, permeando, em termos gerais, o direito contemporâneo,[613] nem todas as manifestações suscitadas pela ideia de proporção dizem respeito ao princípio da proporcionalidade em seu sentido técnico-jurídico,[614] tal qual desenvolvido no direito público alemão.[615] Da mesma forma, segue existindo acirrada controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o conteúdo jurídico e significado da proporcionalidade e razoabilidade.

Embora não se pretenda sobrevalorizar a identificação de um fundamento constitucional para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, em termos gerais, é possível reconduzir ambos os princípios a um ou mais dispositivos constitucionais. Assim, de acordo com a vertente germânica, o ponto de referência é o princípio do Estado de Direito (art. 1°, CF), notadamente naquilo que veda o arbítrio, o excesso de poder, entre outros desdobramentos. Já para quem segue a orientação do direito norte-americano, a proporcionalidade guarda relação com o art. 5°, inciso LIV, da Constituição Federal, no que assegura um devido processo legal substantivo.[616] No plano da legislação infraconstitucional, por sua vez, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram positivados em vários momentos, destacando-se o art. 2° da Lei n° 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta. É bom frisar, contudo, que independentemente de sua expressa previsão em textos constitucionais ou legais, o que importa é a constatação, amplamente difundida, de que a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não está excluída de qualquer matéria jurídica.

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro,[617] desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Nesse contexto, assume relevância, por sua vez, a conhecida e já referida distinção entre as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais, com destaque para a atuação dos direitos fundamentais

[613] Cf., para uma descrição dos antecedentes filosóficos da ideia de proporcionalidade, bem como da evolução do conceito na história do direito, W. S. Guerra Filho, *Teoria processual da Constituição*, São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 71-80.

[614] Discute-se, há bastante tempo, sobre a correta qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade. Assim, ao passo que a maioria da doutrina ainda prefira falar na proporcionalidade como princípio ou mesmo como regra (tomando-se aqui ambas as noções tal qual formuladas teoricamente por Robert Alexy e seus seguidores) há quem questione tal modelo, vislumbrando na proporcionalidade uma figura substancialmente distinta das regras e dos princípios, qualificando-a como sendo um postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz também referência a um dever de proporcionalidade. Cf., Nesse sentido, H. Ávila, *Teoria dos Princípios*, 4ª ed., especialmente p. 87 e ss., sem que se esteja aqui a aderir à terminologia (postulado normativo-aplicativo) proposta pelo autor. Para um diálogo com Humberto Ávila, designadamente no que diz com as críticas por este endereçadas à concepção de Robert Alexy, v., por todos, V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 66 e ss.

[615] Cf. W.S. Guerra Filho, *Teoria processual da Constituição*, p. 75.

[616] Nesse sentido, v. ampla jurisprudência do STF. Na doutrina, dentre muitos, v. G. F. Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 83, assim como L. R. Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237. Sobre o devido processo legal substantivo na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, v., na literatura brasileira, por todos, a excelente análise de L. C. V. Martel, *Devido Processo Legal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[617] Para uma aproximação de um conceito constitucionalmente adequado de Estado Democrático de Direito, v., por todos, L. L. Streck e J. L.B. de Morais, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

como *deveres de proteção* ou *imperativos de tutela*, implicando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva, quanto repressivamente, inclusive quando se trata de agressões oriundas de particulares.

Para a efetivação de seus deveres de proteção, o Estado – por meio da atuação de seus órgãos ou agentes – corre o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental (is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Essa hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais – atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar – hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermaßverbot*).[618] É por tal razão que também a doutrina brasileira (e, em alguns casos, a própria jurisprudência), em que pese não ser pequena a discussão a respeito, em geral já aceitam a ideia de que o princípio da proporcionalidade possui como que uma *dupla face*, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção Em suma, desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, *antijuridicidade*.[619]

De acordo com a posição corrente e amplamente recepcionada pela doutrina e também acolhida em sede jurisprudencial (embora nem sempre corretamente aplicada!), na sua função como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos (subcritérios ou subprincípios constitutivos, como prefere Gomes Canotilho): a) a adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de

[618] Cf., especialmente, na doutrina nacional, L. L. Streck, "Bem Jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassberbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais", *in*: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* vol. 80, 2004, p. 303-345; L. Feldens, *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, assim como, do mesmo autor, *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; I. W. Sarlet, "Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência", *in*: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* n° 81, 2005, p. 325-386, W. C. Rothenburg, "Princípio da Proporcionalidade", *in*: O. de Oliveira Neto e M. E. de Castro Lopes (Org), *Princípios Processuais Civis na Constituição*, São Paulo: Elsevier Editora, 2008, p. 309 e ss., J. P. Baltazar Junior, *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*, Porto Alegre: Livraria do Adovgado, 2010, bem como por último, O. Faccini Neto, *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 109 e ss. No âmbito da manualística, v., por todos, G. F. Mendes, I. M. Coelho, P. G. G. Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 323.

[619] Cf. J. Freitas, "Responsabilidade objetiva do Estado, proporcionalidade e precaução", *in*: *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, Vol. 31, 2006, p. 14.

que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s), muito embora, para alguns, para que seja atendido o critério, bastaria que o poder público (mediante a ação restritiva) cumpra com o dever de fomentar o fim almejado;[620] b) da necessidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados);[621] c) da proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade ou justa medida,[622] já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.[623]

Cumpre anotar, nesse contexto, que embora não se trate propriamente de um critério interno (no sentido de um quarto elemento da proporcionalidade), a aferição da proporcionalidade de uma medida restritiva há de partir do pressuposto de que a compressão de um direito encontra sua razão de ser na tutela de outro bem jurídico constitucionalmente relevante (não necessariamente outro direito fundamental), ou seja, a restrição deve ter uma finalidade constitucionalmente legítima,[624] em outras palavras e como já referido, uma justificação constitucional. De outra parte, há quem questione a utilização da terceira exigência interna, qual seja, a da proporcionalidade em sentido estrito, sob o argumento central (aqui apresentado em apertada síntese e de modo simplificado) de que as etapas da adequação e da necessidade são suficientes para assegurar a aplicação da proporcionalidade, e que justamente a terceira fase (onde se daria, segundo Alexy, a ponderação propriamente dita) é responsável pelos

[620] Nesse sentido, dentre muitos, H. Ávila, *Teoria dos Princípios...*, 4ª ed., p. 116 e ss.

[621] Cf., novamente, H. Ávila, *Teoria dos Princípios...*, 4ª ed., p. 122 e ss.

[622] Importa registrar, nesse ponto, a discussão doutrinária a respeito da fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente a existência de fortes posições que, também entre nós, sustentam a ausência de identidade entre ambos, notadamente quanto ao fato de que o princípio da proporcionalidade tal como desenvolvido dogmaticamente na Alemanha (embora também lá não de modo completamente uniforme e incontroverso quanto a uma série de aspectos) não equivale pura e simplesmente à razoabilidade dos americanos (como, por exemplo, chega a sugerir S. de T. Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 57, e que possui, portanto, um sentido e conteúdo distintos (pelo menos parcialmente, considerando especialmente as noções de proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito dos alemães. A respeito deste ponto, remetemos, na doutrina brasileira, especialmente aos estudos de W. A. Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 173 e ss; L. V. A. da Silva, "O proporcional e o razoável", *in*: *Revista dos Tribunais* vol. 798, 2002, p. 27 e ss., bem como, as diversas possibilidades de distinção apresentadas por H. Ávila, *Teoria dos Princípios*, 4ª ed., em especial p. 102 e ss.,

[623] A respeito destes três critérios e sua aplicação, v., dentre tantos, H. Scholler, "O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha", *in*: *Revista Interesse Público*, nº 2, 1999. p. 97 e ss. Entre nós, v., entre outros, também nesse sentido (pelo menos em linhas gerais e no que diz com a adoção deste exame da proporcionalidade em três níveis, consoante o paradigma germânico), as já clássicas contribuições de P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 360 e ss., S. de T. Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996; W. S. Guerra Filho (Org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25 e ss., (o autor possui outros estudos importantes sobre o tema); J. G. Schäfer, *Direitos Fundamentais. Proteção e Restrições*, 2001; W. A. Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 137 e ss.; H. Ávila, *Teoria dos Princípios*, 4ª ed., p. 112 e ss.; V. A. da Silva, *Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 222 e ss.; J. R. G. Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 324 e ss.; L. F. C. de Freitas, *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*, p. 205 e ss., G. F. Mendes, I. M. Coelho, P. G. G. Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 320 e ss.

[624] Cf., por todos e entre nós, D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 198 e ss.

excessos de subjetivismo cometidos por conta da proporcionalidade, expondo-a, nesse sentido justificadamente, aos seus críticos.[625] Sem que se possa aprofundar o debate, parece-nos que tal proposta, a despeito de apontar com razão para os riscos inerentes ao terceiro momento, o da proporcionalidade em sentido estrito, acaba subestimando o fato de que a ponderação, seja qual o nome que se atribuir ao procedimento de sopesamento ou hierarquização dos bens e alternativas em pauta, apenas acaba sendo deslocada e concentrada nas primeiras duas etapas, visto que a supressão do exame da relação entre os meios e os fins ínsita ao terceiro momento (da proporcionalidade em sentido estrito) poderá resultar na própria violação da razoabilidade, que não se confunde – consoante já frisado – com a proporcionalidade, mas com este guarda íntima relação. Com efeito, há de se levar em conta, nesse contexto, que resta enfrentar o problema de até que ponto medidas adequadas e necessárias podem, ainda assim, resultar em compressão excessiva do bem afetado pela restrição, sendo questionável se a categoria do núcleo essencial por si só possa dar conta do problema. De outra parte, a aceitação de que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, remete novamente ao problema de saber se este núcleo é o que resulta do processo de ponderação (para o que fica difícil a dispensa da proporcionalidade em sentido estrito ou outro nome que se atribuir a esta terceira fase), a exemplo do que, em linhas gerais, preconiza Alexy e, entre nós, tem reafirmado Virgílio Afonso da Silva.[626] Cuida-se, sem dúvida, de debate a ser aprofundado, revelando que também a dogmática constitucional brasileira está engajada em avançar quanto a esse ponto, de tal sorte que aqui nos limitamos a referir a controvérsia, dada a sua relevância, visto que o que se busca é aprimorar os mecanismos de controle das restrições e reduzir os níveis de subjetivismo e irracionalidade na aplicação da proporcionalidade.

Já no que diz com a aplicação da proporcionalidade na perspectiva da proibição de proteção insuficiente (ou deficiente, como preferem outros) utiliza-se, em termos gerais, da mesma análise trifásica (em três níveis ou etapas) – já de todos conhecida – aplicada no âmbito da proibição de excesso, guardadas, é claro, as peculiaridades que decorrem da finalidade do exame do devido cumprimento dos deveres de proteção. Com efeito, valendo-nos aqui das lições de Christian Calliess[627] (que sustenta uma distinção dogmática e funcional entre proibição de excesso e insuficiência), uma vez determinada a existência de um dever de proteção e o seu respectivo objeto, o que constitui um pressuposto de toda a análise posterior, é possível descrever as três etapas da seguinte maneira: a) no que diz com o exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a(s) medida(s) – e a própria concepção de proteção – adotada(s) ou mesmo prevista(s) para a tutela do direito fundamental é(são) apta(s) a proteger de modo eficaz o bem protegido; b) em sendo afirmativa a primeira resposta, cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade? Em outras palavras, existem meios de pro-

[625] Nesse sentido, seguindo o magistério de Bernhard Schlink, na Alemanha, v., entre nós, D. Dimoulis e L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 226 e ss., argumentando que falta uma medida objetiva para a ponderação. Por último, aderindo a tal posição, mas não exatamente pelos mesmos fundamentos, v. W. C. Rothenburg, "Princípio da proporcionalidade" p. 303 e ss.

[626] Cf. V.A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, especialmente, em síntese, p. 271 e ss.

[627] Cf. C. Calliess, "Die grundrechliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis", *in*: *JZ* 2006, p. 329.

teção mais eficientes, mas pelo menos tão pouco interventivos em bens de terceiros? Ainda nesse contexto, anota o autor referido, que se torna possível controlar medidas isoladas no âmbito de uma concepção mais abrangente de proteção, por exemplo, quando esta envolve uma política pública ou um conjunto de políticas públicas; c) no âmbito da terceira etapa (que corresponde ao exame da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade, como preferem alguns), é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos. É justamente aqui, aliás, que, segundo o autor, se verifica a confluência entre as proibições de excesso e de insuficiência, já que no âmbito das duas primeiras etapas é necessário efetuar o controle considerando as peculiaridades de cada instituto (embora as etapas em si, adequação ou idoneidade e necessidade ou exigibilidade sejam as mesmas), ao passo que na terceira etapa é que, no quadro de uma argumentação e de uma relação jurídica multipolar, é necessário proceder a uma ponderação que leve em conta o quadro global, ou seja, tanto as exigências do dever de proteção, quanto os níveis de intervenção em direitos de defesa de terceiros ou outros interesses coletivos (sociais), demonstrando a necessidade de se estabelecer uma espécie de "concordância prática multipolar".[628]

b) Algumas referências a respeito da relação (e das distinções) entre proporcionalidade e razoabilidade.

Importa registrar, nesse ponto, a discussão doutrinária a respeito da "fungibilidade" dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente a existência de fortes posições que, também entre nós, sustentam a ausência de identidade entre ambos, notadamente quanto ao fato de que o princípio da proporcionalidade tal como desenvolvido dogmaticamente na Alemanha (embora também lá não de modo completamente uniforme e incontroverso quanto a uma série de aspectos) não equivale pura e simplesmente à razoabilidade dos americanos,[629] e que possui, portanto, um sentido e conteúdo distintos (pelo menos parcialmente, considerando especialmente as noções de proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito dos alemães).[630]

Vale referir, ademais, haver quem atribua ao critério da proporcionalidade em sentido estrito (inclusive com base na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) significado mais teórico do que prático, sustentando que, em geral, é no plano do exame da necessidade da medida restritiva que se situa a maior parte dos problemas, pois é nesse nível que se dá o teste decisivo da constitucionalidade da restrição,[631] aspecto que reclama uma digressão calcada na análise sistemática da jurisprudência constitucional e que aqui não será desenvolvida.

Retomando a controvérsia a respeito da relação entre proporcionalidade e razoabilidade, convém lembrar que, no campo da proporcionalidade em sentido estrito, exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da

[628] Cf., novamente, C. Calliess, *in*: *JZ* 2006, p. 330.

[629] Cf., v.g., S. de T. Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 57.

[630] A respeito deste ponto, v., especialmente W. A. Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*, p. 173 ss., e V. A. da Silva, "O proporcional e o razoável", p. 27 ss.

[631] Cf. H. Scholler, "O princípio da proporcionalidade...", p. 101-102.

restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização.[632]

Precisamente quanto a esse ponto assume relevo a conexão dos princípios da proporcionalidade em sentido estrito e da razoabilidade com o assim habitualmente designado método da ponderação.[633] Tendo em conta que o juízo de ponderação se verifica, com maior ênfase (para Alexy, essencialmente), no âmbito do assim designado terceiro nível da aplicação da proporcionalidade (seguindo-se a metódica trifásica da proporcionalidade), o fato é que mesmo a ponderação sendo considerada simplesmente como sendo coincidente com o raciocínio requisitado pelo princípio da razoabilidade como parâmetro da atuação normativa estatal, é esse seguramente o ponto de contato mais importante entre a proporcionalidade e a razoabilidade. É por essa razão que a razoabilidade é também identificada com a proporcionalidade em sentido estrito, o que, todavia, não significa necessariamente que se trate de noções integralmente fungíveis e que não tenham uma aplicação autônoma. Sem que se possa aqui adentrar o terreno conceitual, avaliando todas as possíveis diferenças e semelhanças, assim como eventuais distinções conceituais entre proporcionalidade e razoabilidade, é certo que se a proporcionalidade não for aplicada na sua integralidade, mediante consideração, ainda que sumária, de seus três subprincípios, não será a proporcionalidade que estará efetivamente em causa. A razoabilidade, por sua vez, não reclama tal procedimento trifásico e é assim que tem sido aplicada.

Por outro lado, parece evidente que a utilização indistinta das expressões proporcionalidade e razoabilidade não se justifica pelo simples fato (portanto, por si só) de que isto corresponde a uma prática usual, especialmente entre nós, visto que a reiterada prática de um equívoco não o torna necessariamente menos equivocado. Com efeito, o uso equivalente dos termos apenas encontraria explicação eficiente se de fato existisse a – por alguns – reclamada equivalência substancial entre os dois princípios. O que de fato ocorre, e a jurisprudência brasileira bem o atesta, é que em muitos casos, por não ser aplicada a análise trifásica exigida pela proporcionalidade, a ponderação ocorre essencialmente no plano da "mera" razoabilidade, o que justamente constitui prova evidente de que, a despeito do importante elo comum (razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito) não se trata de grandezas idênticas em toda sua extensão.

A técnica da ponderação (aqui não se fará sequer a tentativa de distinção em relação a outros termos de uso corrente, como a hierarquização, o sopesamento, entre outras), tanto no âmbito do direito público quanto na seara do direito privado, a despeito das toneladas de papel e dos verdadeiros oceanos de tinta gastos com o tema, não chega a apresentar maiores novidades, visto que, com o passar do tempo, consolidou sua posição como instrumento apto a determinar a solução juridicamente correta em cada caso, com destaque para a solução dos conflitos entre direitos e princípios

[632] Cf. H. Ávila, *Teoria dos princípios...*, 4ª ed., p. 124-125. Em sentido aproximado, a definição oferecida ao exame da *proporcionalidade em sentido estrito* por V. A. da Silva, "O proporcional e o razoável", p. 40 e ss., para quem o referido exame "consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva" (p. 40).

[633] Cf., dentre muitos, R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 161 ("cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la sastisfacción del otro"). Nesse caso, faz-se necessário averiguar a relação de precedência entre os direitos fundamentais em tensão no caso concreto.

fundamentais, embora não se aplique exclusivamente nesta esfera. Isso não afasta, contudo, a necessidade de se encontrar vias por meio das quais sejam mitigados ou evitados os perigos e excessos que tradicionalmente – e com boa parcela de razão! – lhe são imputados,[634] com o intuito de conferir à ponderação suporte racional e disciplinado, renunciando, todavia, à sua redução a uma fórmula matemática, esta sim, seguramente condenada ao fracasso.[635] Assim, a despeito da existência de uma série de teorizações a respeito dos meios de controle da utilização não abusiva da própria proporcionalidade e da razoabilidade, assim como dos princípios em geral, não é aqui, ao menos por ora, que teremos condições de desenvolver tais questões, de tal sorte que remetemos, para uma ampliação do debate, à literatura colacionada, que, de resto, não esgota o universo da produção existente, mesmo que restritos ao que foi escrito entre nós nos últimos anos.

4.2.4.3. A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais

A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.[636] Com efeito, a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares, embora quanto a esse último aspecto exista divergência doutrinária relevante. Mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos.[637] Não cabe aqui avaliar se o núcleo essencial seria, ou não, determinado com base num processo de ponderação, dando origem a duas teorias principais sobre o núcleo essencial: a absoluta e a relativa. Na primeira hipótese, o respeito ao núcleo intangível dos direitos fundamentais poderia desempenhar

[634] A respeito desse ponto v., em especial, J. M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 12: "la mayor parte de las opiniones descalificadoras del método de la ponderación incidan, casi siempre, en las mismas ideas: *la imprevisibilidad* de sus resultados, la remisión a la *justicia del caso concreto*, con lo que eso supone de pérdida en *seguridad jurídica*, la utilización de esa técnica como brecha a través de la cual se amplía el poder de quien tiene la competencia para decidir en último término etc.". Material para aprofundamento a respeito da polêmica envolvendo a ideia de ponderação no pensamento jurídico contemporâneo poderá ser encontrado, dentre muitos, em W. Leisner, *Der Abwägungsstaat – Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?* Berlin: Duncker & Humblot, 1997, especialmente p. 11-45. Na literatura jurídica brasileira, dentre muitos, D. Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, W. A. Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 193-207, bem como, mais recentemente, A. P. de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, propondo critérios para uma metódica racional e controlável da ponderação; Em especial, v. a postura crítica de L. L. Streck, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

[635] Cf. J. M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes...*, p. 16. No mesmo sentido, entre nós, a lição de D. Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 146-147, em passagem que transcrevemos literalmente: "a realidade dos fatos desmente a crença, algo pueril, de que seja possível equacionar *more geometrico* todos os contrastes potenciais entre as normas da Constituição, delimitando rigidamente os campos normativos de cada uma. Por isto, está certo Klaus Stern ao afirmar que ... *en ninguna parte un ordenamento jurídico pode prescindir de la ponderación de benes jurídicos*".

[636] Cf. H. Ávila, "Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis", *in*: *Revista de Direito Administrativo* vol. 236, 2004, p. 374.

[637] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, p. 456.

o papel de um "filtro" (muitas vezes subsidiário) ao exame de proporcionalidade; na segunda, estaria muito provavelmente fadado a ser absorvido por este exame.[638] Cumpre, no entanto, ressaltar o objetivo comum que ambas as teorias, mesmo que por caminhos diversos, se esforçam em alcançar: a garantia de uma maior proteção dos direitos fundamentais.[639] Daí referir Peter Lerche, que não obstante os posicionamentos não se encaixem bem uns com os outros do ponto de vista formal, permanecem "avizinhados" no que toca aos seus efeitos práticos.[640]

No direito constitucional brasileiro, em termos gerais, segue correta a observação, de que, a despeito de importantes contribuições doutrinárias, não existem trabalhos mais extensos exclusivamente dedicados ao tema, o que, ainda mais considerando a frequência com que a garantia do núcleo essencial tem sido referida na jurisprudência, com destaque para a do STF, não deixa de causar espécie, como, aliás, bem apontou Virgílio Afonso da Silva, autor da mais recente, atualizada e instigante monografia em língua portuguesa sobre o tema.[641]

Diversamente de outras ordens constitucionais (como é o caso da Alemanha, da Grécia, de Portugal e da Espanha, para referir apenas as que mais influenciarem o nosso constituinte) a CF de 1988 não agasalhou expressamente uma garantia do núcleo essencial, o que, pelo perfil eminentemente declaratório de tais cláusulas expressas, nunca impediu – e nem teria como – o reconhecimento, entre nós, de tal garantia.[642] Nesse contexto, vale realçar que a ideia de núcleo essencial tem sido utilizada pelo STF, por exemplo, para interpretar as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, enumeradas pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988.[643] Por ocasião da arguição da inconstitucionalidade de preceito supostamente tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I), firmou-se o entendimento de que "as limitações materiais ao poder constituinte de reforma (...) não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege".[644]

Embora nós mesmos tenhamos lançado mão de tal linha argumentativa, no sentido de que a dicção do art. 60, § 4º, da CF, dispondo que não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional *tendente a abolir* (grifo nosso) implica uma manifestação constitucional em prol da tutela do núcleo essencial, no sentido de que também restrições que possam ser consideradas equivalentes a uma efetiva supressão, encontram-se vedadas, parece correto que o significado da tutela assegurada por

[638] M. Bacigalupo, "La aplicación de la doctrina de los 'limites inmanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal", *in*: *REDC* nº 38, 1993, p. 301 ss.

[639] Cf. G. F. Mendes, *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais*, p. 244.

[640] Cf. P. Lerche, "Das Bundesvergassungericht und die Verfassungsdirektiven", *in*: *AÖR* nº 90,1965, p. 791.

[641] Cf. V.A. da SILVA, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 19-22.

[642] Cf., novamente, V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 266 e ss.

[643] Sobre o tópico, v. item 4.3, infra.

[644] Nesse sentido, v. o julgamento da ADI 2024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22 de junho de 2007. Na doutrina nacional, v., sobre o princípio da proteção do núcleo essencial, especialmente as mais recentes contribuições de C. P. Biagi, *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005; J. R. G. Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 366 e ss; L. F. C. de Freitas, *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*, p. 192 e ss., bem como, em especial, V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas Constitucionais*, p. 23-51, assim como G. F. Mendes, I. M. Coelho, P. G. G. Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 305 e ss.

conta de uma garantia (implícita) do núcleo essencial não pode ser simplesmente equiparado à função dos limites materiais do poder de reforma constitucional, o que não impede a aplicação da noção de núcleo essencial, assim nos parece, nesta seara, ainda que, a prevalecer essa tese, no contexto da tutela contra emendas constitucionais, se esteja, em princípio, em face da dimensão objetiva da garantia do núcleo essencial, onde se busca impedir restrições que tornem o direito tutelado sem significado para a vida social como um todo.[645]

Para além de outras considerações, insistimos aqui na tese de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais não se confunde com o maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, assim como também a assim designada garantia do mínimo existencial, mesmo no caso dos direitos sociais,[646] não pode ser pura e simplesmente identificada com o núcleo essencial de tais direitos, pelo menos não no sentido de que se trata de categorias absolutamente idênticas, o que, todavia, não significa que não haja uma relação entre tais figuras jurídicas.[647] Por outro lado, é preciso enfatizar que a garantia do conteúdo (ou núcleo) essencial não equivale, pelo menos não necessariamente, a uma salvaguarda de um conteúdo mínimo, em outras palavras, como bem averba Ignacio Villaverde Menéndez, a qualificação do conteúdo protegida em face das restrições se dá precipuamente não pelo fato de ser um conteúdo mínimo, mas sim, pela circunstância de que está imune à ação do poder público, e, portanto, segue à disposição do titular do direito.[648]

De qualquer sorte, reafirmando o intento de não aprofundarmos aqui o debate, colocamos em destaque algumas assertivas de crucial relevância para o tema e o seu adequado tratamento doutrinário e jurisprudencial, que, a considerar a ausência especialmente de uma jurisprudência tendencialmente uniforme, pelo menos no que diz com a adoção da teoria absoluta ou relativa do núcleo essencial, deverão ainda ser objeto de acirrada controvérsia. Com efeito, resulta elementar que a exata determinação de qual o núcleo essencial de um direito dificilmente poderá ser estabelecida em abstrato e por antecipação, de tal sorte que, ainda que se possa controverter sobre aspectos importantes de sua formulação doutrinária, a razão de fato parece estar com Virgílio Afonso da Silva, ao afirmar que "o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido a partir da relação entre diversas variáveis – e de todos os problemas que as cercam – como o suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito) e a relação entre os direitos e suas restrições (teorias externa ou interna)." Acima de tudo, retoma-se aqui a exortação feita no início do presente item, no sentido de que o mais importante é que, doutrina e jurisprudência, sigam desenvolvendo parâmetros que sirvam, sem prejuízo de sua consistência argumentativa e, portanto, de sua sempre possível controlabilidade, para assegurar aos direitos fundamentais a sua máxima proteção, potencializando a noção de limites aos limites dos direitos fundamentais.

[645] Cf. V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 244 e ss.

[646] Sobre o problema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, v., a contribuição de M. Sampaio, *O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais*, São Paulo: Saraiva, 2013.

[647] Cf. já o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 124. No mesmo sentido, ao que tudo indica, V. A. da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 252 e ss.

[648] Cf. I. Villaverde Menéndez, "Los limites a los derechos fundamentales", *in*: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española*, p. 134.

4.3. Direitos fundamentais e reforma da Constituição: a eficácia "protetiva" dos direitos fundamentais contra a sua supressão e erosão pelo Poder Constituinte Reformador

4.3.1. Considerações introdutórias

Neste item do nosso estudo, não poderíamos nos furtar ao exame, ainda que breve, daquilo que se poderia denominar de uma eficácia "protetiva" dos direitos fundamentais. Em virtude tanto de sua especial posição na arquitetura constitucional, que, por sua vez, se manifesta mediante o que convencionamos considerar uma fundamentalidade formal e material, que outorga aos direitos fundamentais força jurídica reforçada relativamente às demais normas constitucionais, quanto da vinculação de todos, poderes públicos e particulares, aos direitos fundamentais, impõe-se que estes sejam devidamente protegidos, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional. Aliás, consoante assinalado alhures, verificou-se que um dos elementos caracterizadores da fundamentalidade em sentido formal, ao menos em nossa Constituição, é justamente a circunstância de terem os direitos fundamentais sido erigidos à condição de "cláusula pétrea", integrando o rol do art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Carta Magna, constituindo, portanto, limites materiais à reforma da Constituição. Ora, esta proteção jurídica reforçada, peculiar apenas aos direitos fundamentais e alguns poucos princípios escolhidos pelo Constituinte, não deixa de poder ser considerada um dos efeitos jurídicos gerados pelos direitos fundamentais e, portanto, uma dimensão de sua eficácia.

Levando em conta as limitações deste estudo e considerando que em causa está a problemática da atuação do poder de reforma constitucional (que, de resto, guarda conexão, em vários pontos, com a temática dos limites e restrições dos direitos fundamentais versada no item precedente), deixaremos de analisar a temática fascinante das mudanças constitucionais informais.[649]

4.3.2. Colocação do problema e distinções conceituais

A expressa previsão dos direitos fundamentais no rol das assim denominadas "cláusulas pétreas", da nossa atual Constituição, em que pese ter sido uma das mais relevantes conquistas na esfera da proteção dos direitos fundamentais, longe está de ter pacificado as controvérsias travadas em torno deste tema. Pelo contrário, a pergunta de qual a abrangência e a intensidade desta proteção continua a ocupar um lugar de destaque na constelação dos principais problemas discutidos no âmbito do direito constitucional pátrio. Mesmo em se considerando a particular relevância atri-

[649] A respeito da mudança constitucional em geral , dentre a vasta literatura já produzida, convém dar o devido destaque, no âmbito do direito estrangeiro, ao paradigmático e clássico ensaio de G. Jellinek, *Reforma y Mutación de la Constitución*, 1991 (tradução de Christian Förster) distinguindo a reforma constitucional (como sendo a modificação voluntária do texto constitucional) da mutação constitucional (tida como a modificação não necessariamente consciente da Constituição e que não altera o seu texto). Entre nós, a produção da primeira monografia específica sobre o tema, coube, provavelmente, a A. C. da Cunha Ferraz, *Processos Informais de Mudança da Constituição*, 1986. Mais recentemente, v. a contribuição de U. L. Bulos, *Mutação Constitucional*, 1997, M. V. M. Antunes, *Mudança Constitucional. O Brasil Pós-88*, 2003, esse último questionando a tradicional forma de distinção entre mecanismos formais e informais de mudança constitucional. Por último, v. a análise de S. Sbrogio'Galia, *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, explorando, especialmente, no marco das mutações interpretativas, os limites às restrições de direitos fundamentais.

buída, nesse particular, aos direitos fundamentais sociais, por muitos tidos como uma das principais causas da alegada "ingovernabilidade" do País, a problemática alcança também os direitos de defesa, já que igualmente não se encontram imunes aos anseios reformistas, ainda que, por vezes, plenamente justificados, não sendo, como se sabe, nem mesmo inteiramente infensos às agressões do legislador infraconstitucional, já que, ao menos como regra geral, inexiste direito absoluto, no sentido de absolutamente imune a qualquer tipo de restrição.

Dentre os diversos aspectos a serem destacados, assume relevo, por exemplo, a própria terminologia empregada pelo Constituinte no art. 60, § 4º, inc. IV, suscitando dúvidas até mesmo no que diz com a abrangência da proteção outorgada. Assim, indaga-se, por exemplo, se além dos direitos e garantias individuais (art. 5º da CF) também os demais direitos fundamentais (coletivos, políticos e sociais) podem ser considerados "cláusula pétrea". Para além disso, controverte-se a respeito do alcance da proteção, já que discutível se esta apenas objetiva inviabilizar uma erosão dos direitos fundamentais, ou se os torna imunes contra qualquer tipo de restrição, resultando numa virtual intangibilidade. Também não há como desconsiderar a necessidade de traçar uma distinção entre os direitos fundamentais enunciados em normas de eficácia plena e limitada, assim como a diversidade das funções precípuas exercidas pelos direitos fundamentais (direitos de defesa ou direitos a prestações). Esses e outros pontos haverão de ser devidamente considerados no momento oportuno.

Antes de mais nada, contudo, há que traçar a distinção entre os conceitos "reforma", "revisão" e "emenda constitucional", já que não podem – ou ao menos não o poderiam, de acordo com a sistemática adotada pelo Constituinte de 1988 – ser confundidos entre si. Na verdade, não se registra unanimidade no que diz com o seu conteúdo e significado. Todavia, de acordo com o que pode ser tido como a posição majoritária em nossa doutrina, a expressão "reforma da Constituição" tem sido considerada como um termo de natureza genérica, que abrange os outros dois (revisão e emendas).[650] Para alguns, a expresão "reforma", refere-se, nesse sentido, a toda e qualquer alteração formal – isto é, de acordo com os parâmetros preestabelecidos – da Constituição, independentemente de sua abrangência. Uma revisão constitucional (ao menos para os que comungam esse ponto de vista) constitui modificação relativamente ampla do texto constitucional, ao passo que uma emenda se destina, de regra, a ajustes e alterações de natureza mais específica.[651] Já para outros, as expressões "revisão" e "reforma" se distinguem, no sentido de que a revisão se refere a alterações gerais ou parciais da Constituição sobre temas que esta previamente estabeleceu, ao passo que as modificações no âmbito da reforma constitucional não foram antecipadamente definidas, de tal sorte que ambas (revisão e reforma) podem ser consideradas mecanismos formais típicos de alteração da Constituição, assumindo a emenda o papel de instrumento para realização da reforma ou revisão.[652]

No que diz com a nossa evolução constitucional, constata-se que as expressões "revisão", "reforma" e "emenda" foram utilizadas de forma diversificada. Na

[650] Cf., entre outros, P. Bonavides, *RIL* nº 116 (1992), p. 21. Por último, v. V. O. da Silveira, *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 75 e ss.

[651] Assim a distinção efetuada por J. R. Barreiro Soares, *RIL* nº 121 (1994), p. 281-2.

[652] Essa, por exemplo, a posição de C. L. Antunes Rocha, *in: OAB Estudos Constitucionais*, p. 32-3.

Constituição de 1824, o procedimento da reforma constitucional foi regulamentado nos arts. 174 até 178, não tendo sido feita qualquer referência aos termos "revisão" e "emenda", o que persistiu em nossa primeira Constituição republicana (art. 90). A Constituição de 1934 afastou-se pela primeira vez desta tradição, prevendo expressamente tanto a possibilidade de uma revisão, quanto de emendas à Constituição, estabelecendo requisitos distintos para cada uma destas modalidades de reforma da Constituição (art. 178). As Constituições de 1937, de 1946 e de 1967 (69), por sua vez, contemplaram – respectivamente, nos arts. 174, 217 e 47 – tão somente as emendas como mecanismo de modificação do texto constitucional, de tal sorte que apenas na atual Constituição foi novamente traçada a distinção expressa entre as modalidades "revisão" (art. 3º do ADCT) e "emenda" (arts. 59 e 60). Assim, reputamos correta a posição que, à luz de nosso direito constitucional positivo, considera que o Constituinte distinguiu as "emendas à Constituição" e a "revisão" como duas modalidades específicas de reforma constitucional.[653]

Por outro lado, acreditamos que não há como compartilhar, ao menos não sem certa reserva, o entendimento que considera as emendas como sendo o instrumento de realização da revisão. Isto por diversos motivos: a) em primeiro lugar, cumpre ressaltar que, enquanto as emendas foram previstas e regulamentadas no corpo da Constituição, constituindo mecanismo permanente e ordinário de reforma, a revisão foi objeto de previsão apenas no Ato das Disposições Transitórias (art. 3º), revelando ser modalidade excepcional de reforma; b) O procedimento previsto para ambas as modalidades de reforma da Constituição é distinto, ressaltando-se a existência de um procedimento inequivocamente mais rígido e reforçado, mediante a imposição de limites formais, temporais e materiais (por exemplo, aprovação com maioria de 3/5 em ambas as casas do Congresso, votação em dois turnos e fixação de "cláusulas pétreas") para as emendas, ao passo que a revisão – ao menos de acordo com a expressa previsão do art. 3º do ADCT – está sujeita a um procedimento bem menos rigoroso e simplificado; c) enquanto não há limitação no que tange ao número de emendas (afora a impossibilidade de reapresentação do projeto no mesmo ano legislativo), a revisão estava predestinada a realizar-se apenas uma vez, após transcorridos cinco anos da promulgação da Constituição, isto é, a partir de 5 de outubro de 1993 (art. 3º do ADCT), após realizado o plebiscito sobre eventual alteração da forma (monarquia ou república) ou do sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), inicialmente previsto para setembro daquele ano (art. 2º do ADCT); d) por derradeiro, é de destacar-se a amplitude da revisão, destinada tão somente – e estamos convencidos disso – à finalidade de adaptar a Constituição ao resultado do Plebiscito de 1993, já que uma alteração na forma e/ou no sistema de governo vigente fatalmente implicaria uma série de modificações, de modo especial na parte relativa à organização do Estado e dos poderes, enquanto as emendas podem ter por objeto qualquer alteração no texto constitucional, desde que respeitem os limites materiais expressos e implícitos à reforma da Constituição.[654]

[653] Nesse sentido, o entendimento de W. de Moura Agra, *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*, p. 133 e ss.

[654] Uma visão sistemática e panorâmica sobre as distinções entre as emendas à Constituição e a revisão encontra-se no artigo da lavra de C. A. Britto, *in: RTDP* nº 6 (1995), p. 158 e ss., cuja posição quanto à amplitude da revisão compartilhamos.

Ressalte-se, contudo – mesmo sem adentrarmos aqui o mérito desta discussão – que relativamente ao procedimento e amplitude da revisão acabou prevalecendo no Congresso o entendimento de que esta deveria ser realizada atendendo aos mesmos limites formais e materiais previstos para as emendas, o que resultou numa virtual equiparação dos institutos.[655] Que a proposta de uma revisão ampla e ilimitada não poderia impor-se dispensa maiores discussões. Com efeito, em se aceitando tal possibilidade, estar-se-ia, em verdade, autorizando – como sustentava, dentre outros, o saudoso Geraldo Ataliba – a substituição da Constituição por uma nova, para o que o legislador efetivamente não se encontra legitimado.[656] Por mais abrangente que possa ser uma revisão, ela não pode conduzir à destruição dos elementos essenciais da ordem constitucional, a menos que tal corresponda à vontade expressa do Constituinte, o que evidentemente não ocorre no caso da Constituição de 1988.[657]

Na verdade, a solução (?) a que se chegou, ainda que tenha, felizmente, evitado – ao menos por ora – o mal maior de uma alteração indiscriminada do texto constitucional e o risco de virtual destruição da identidade de nossa Constituição, não se revela satisfatória. Equiparando os institutos da revisão com o das emendas, estas por sua natureza destinadas a alterações ordinárias e punctuais da Constituição, o Congresso acabou por chancelar, ao menos potencialmente, a possibilidade de uma revisão (alteração mais abrangente do texto constitucional) pelo mecanismo das emendas, quando, na verdade, não há como desconsiderar o caráter excepcional e transitório da revisão da Constituição prevista no art. 3º do ADCT. Ainda que se queira controverter a respeito da amplitude da revisão – por mais que seja evidente que esta tinha por escopo a adaptação do texto constitucional aos resultados do Plebiscito de abril de 1993 (originalmente previsto para setembro) –, sua previsão no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a fixação de um prazo para o início dos trabalhos revisionais, revelam de forma inequívoca que a revisão se esgotou com a edição das seis emendas promulgadas no período de março a junho de 1994. Mesmo não havendo limitação quanto ao número de emendas à Constituição, não nos parece que estas possam ser utilizadas como sucedâneo de uma revisão de caráter mais abrangente do texto constitucional. A revisão, modalidade excepcional de alteração da Constituição, esgotou-se e pertence ao nosso passado, remanescendo tão somente as emendas como instrumento de reformas da nossa Constituição formal.[658] Já por

[655] Nesse particular, é de abrir-se um espaço para referir, ainda que resumidamente, a discussão que se travou a respeito do alcance da revisão constitucional prevista no art. 3º do ADCT. Desconsiderando-se as especificidades de cada concepção em particular, formaram-se basicamente três correntes de destaque na doutrina. De acordo com a primeira, denominada de teoria maximalista, a revisão não estaria sujeita a qualquer limitação de cunho material, podendo, nesse sentido, assumir até mesmo a feição de uma reforma global do texto constitucional. No extremo oposto – posição por nós compartilhada – situavam-se os que, no âmbito de uma concepção minimalista, sustentavam que a revisão estaria limitada estritamente aos resultados do plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, destinando-se tão somente à adaptação do texto constitucional na medida das necessidades geradas por eventual alteração resultante da consulta popular, de tal sorte que, não ocorrendo esta, a revisão perderia completamente sua razão de ser. Por fim, como de costume, surgiu uma corrente de cunho conciliatório, de acordo com a qual a revisão deveria respeitar as "cláusulas pétreas" do art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Constituição, sujeitando-se, portanto, aos mesmos limites previstos para as emendas. A respeito desta discussão, v., dentre outros, L. L. Streck, *Constituição – Limites e Perspectivas da Revisão*, p. 24 e ss.

[656] Cf. G. Ataliba, *in: Revisão Constitucional – Aspectos Jurídicos, Políticos e Éticos*, p. 25-6.

[657] Nesse sentido, v. a lição de E. Brito, *Limites da Revisão Constitucional*, p. 88.

[658] Como bem lembra P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 600 e ss., os trabalhos do Congresso Revisor esgotaram-se após oito meses de discussão infrutífera, resultando frustrada a tentativa de se oportunizarem futuras e periódicas revisões.

esse motivo, entendemos ser ao menos discutível a posição que considera as emendas instrumento de realização da revisão da Constituição.

Com isto, mesmo reconhecendo que a opção de realizar a revisão da Constituição por meio de emendas, respeitados os limites formais, temporais e materiais previstos no art. 60 da nossa Carta Magna, sem dúvida pode ser tida como dos males o menor, isto em nada altera a circunstância de que a revisão prevista no art. 3º do ADCT, em face sua excepcionalidade e contingencialidade (à medida que vinculada aos resultados do Plebiscito de 1993), perdeu sua razão de ser. Por outro lado – e afinados com a nossa opção por uma solução minimalista relativamente à amplitude da revisão – em se considerando que esta nada mais poderia fazer do que adaptar a Constituição no caso de uma eventual alteração na forma e no sistema de governo, efetivamente não se faria necessária a adoção do rito moroso e formalmente mais exigente das emendas, já que o Congresso estaria legitimado a proceder aos ajustes indispensáveis com base numa decisão tomada diretamente pelo povo, titular do Poder Constituinte.[659] Com efeito, apenas esta exegese restritiva do alcance da revisão justificaria a adoção do rito simplificado previsto para a mesma pelo Constituinte, entendimento que, lamentavelmente, não se impôs. Por isso, não haverá que tirar completamente a razão dos que sustentam a ilegitimidade de uma revisão ampla e em bloco da Constituição, ainda que pelos mecanismos das emendas.

4.3.3. Os limites à reforma da Constituição: considerações gerais

4.3.3.1. A título introdutório

Também a controvérsia em torno dos limites à reforma da Constituição radica na distinção traçada entre o Poder Constituinte Originário e o assim denominado Poder Constituinte Reformador, isto é, entre o poder de elaborar uma Constituição e o de alterá-la. Assim, enquanto o Poder Constituinte Originário costuma ser caracterizado como incondicionado, autônomo e ilimitado (pelo menos no que diz com o Poder Constituinte formal),[660] o Poder Constituinte Reformador revela-se um poder juridicamente limitado, distinguindo-se pelo seu caráter derivado e condicionado e sujeito às restrições previstas pelo Constituinte. Nesse sentido, há quem qualifique o Poder Constituinte Originário como sendo uma potência – no sentido de um poder pré (ou meta) jurídico, e, portanto, formalmente ilimitado, enquanto o Poder Constituinte Reformador assume a feição de uma competência, já que juridicamente vinculado às normas de competência, organização e procedimento ditadas pelo primeiro (a potência).[661]

É justamente a existência de normas limitativas da reforma constitucional que demonstra o fato de que mesmo após a entrada em vigor da Constituição o Poder

[659] Nesse sentido, registramos a lição de P. Bonavides, *in: RIL* nº 116 (1992), p. 24-5, salientando que o fato de o povo, como titular do Poder Constituinte, ter a incumbência de deliberar diretamente sobre a manutenção ou alteração da forma e sistema de governo, implica que para o Legislador Constituinte nada mais resta do que a tarefa de realizar uma revisão de natureza secundária, destinada única e exclusivamente a efetuar os ajustes indispensáveis.

[660] Aqui convém lembrar a distinção habitual traçada entre os poderes constituintes material e formal, apenas esse último sendo ilimitado (no sentido de não sujeito a limites e condições impostos pela ordem jurídica), para o que remetemos à sintética mas elucidativa exposição de E. K. Machado Carrion, *Reforma Constitucional e Direitos Adquiridos*, p. 17 e ss. Igualmente referindo que mesmo o Poder Constituinte Originário não atua com independência absoluta em relação a alguma experiência constitucional, vale citar a lição de N. Saldanha, *O Poder Constituinte*, p. 84.

[661] Cf. a clássica lição de C. Schmitt, *Teoria de la Constitución*, p. 114. Entre nós, v., por exemplo, E. Brito, *Limites da Revisão Constitucional*, p. 71 e ss.

Constituinte Originário continua a se fazer presente, já que, do contrário, poderia vir a depender do Legislador.[662] Importa ter sempre presente a noção de que também no direito constitucional pátrio o Legislador, ao proceder à reforma da Constituição, não dispõe de liberdade de conformação irrestrita, encontrando-se sujeito a um sistema de limitações que objetiva não apenas a manutenção da identidade da Constituição, mas também a preservação da sua posição hierárquica decorrente de sua supremacia no âmbito da ordem jurídica, de modo especial para evitar a elaboração de uma nova Constituição pela via da reforma constitucional.[663]

4.3.3.2. Limites formais e temporais (circunstanciais)

A Constituição de 1988, a exemplo de suas antecessoras, contém normas que preveem expressamente uma série de limitações à reforma de seu texto, as quais, de acordo com a lição já clássica de Nelson de Souza Sampaio, podem ser divididas em três categorias: a) limites temporais; b) limites formais, e c) limites materiais.[664] Essa classificação, em que pesem algumas divergências registradas na doutrina, continua sendo largamente adotada em nosso meio, de tal sorte que também nós dela faremos uso.[665] Na medida em que a fixação destes limites, assim como sua amplitude, dependem essencialmente da opção concreta de cada Constituinte, haveremos de examinar a questão à luz do direito constitucional positivo pátrio, iniciando, neste item, pelos limites formais e temporais.

Quanto às normas que impõem certas limitações de natureza temporal à reforma constitucional, há que registrar o fato de que a nossa Constituição não estabelece qualquer restrição no que tange ao número de emendas a serem editadas, bem quanto ao prazo de sua elaboração, o que deflui exatamente da ausência de um limite expressamente fixado. Todavia, constata-se a existência de algumas exceções a esta regra. Nesse sentido, cumpre relembrar a impossibilidade de reapresentação do projeto de emenda não aprovado no mesmo ano legislativo (art. 61, § 5º). Além disso, o Constituinte de 1988 sabiamente vedou a edição de emendas à Constituição durante intervenção federal nos estados-membros da Federação, bem como na vigência dos estados de defesa ou de sítio (art. 61, § 1º), o que se justifica principalmente pelo fato de que nestas situações anômalas, caracterizadas por um maior ou menor grau de intranquilidade institucional, poderia ficar perturbada a livre manifestação dos órgãos incumbidos da reforma e, em decorrência, a própria legitimidade das alterações.[666] Ainda que boa parte da doutrina, como já referido, prefira incluir essas normas no grupo dos limites circunstanciais, entendemos que seu enquadramento na categoria dos limites temporais não se revela incorreto, já que estes – tomados num sentido mais

[662] Cf., paradigmaticamente, C. Schmitt, *Teoria de la Constitución*, p. 105 e ss. Entre nós e dentre outros, v. M. A. Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*, p. 133.

[663] Nesse sentido, v. a lição de C. L. Antunes Rocha, *in: RIL* nº 120 (1993), p. 168 e ss.

[664] Cf. N. de Souza Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, p. 79 e ss. No âmbito da manualística nacional, destacamos a recente contribuição de A. R. Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, p. 49, discorrendo sobre os diversos tipos de limitações à reforma.

[665] Registre-se, contudo, a existência de diversos autores que preferem uma classificação em quatro grupos, acrescentando aos já referidos a categoria dos limites circunstanciais. Nesse sentido, por exemplo, as lições de M. A. Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*, p. 144-5, e C. L. Antunes Rocha, *in: RIL* nº 120 (1993), p. 174. Na doutrina alienígena, v., dentre tantos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1134.

[666] Nesse sentido, entre outros, a lição de C. L. Antunes Rocha, *in: RIL* nº 120 (1993), p. 174.

abrangente – dizem com a fixação de prazos e oportunidades para a reforma.[667] De qualquer modo, parece-nos que tal divergência não assume maior relevância prática, de tal sorte que renunciamos, desde já, a um exame mais detalhado deste aspecto.

Na esfera dos limites formais, vinculados diretamente ao procedimento da reforma (iniciativa, deliberação, aprovação etc.), a nossa Constituição optou por adotar um modelo relativamente severo, ressaltando assim o seu caráter rígido.[668] Além de regras mais rigorosas sobre a iniciativa das emendas (art. 60, incs. I a III), cumpre destacar a necessidade de uma aprovação, em dois turnos, por maioria de 3/5 em ambas as casas do Congresso (art. 60, § 2º), impondo-se também a promulgação das emendas com a indicação de seu respectivo número de ordem (art. 60, § 3º). Não sendo nossa intenção examinar com mais vagar os limites temporais (circunstanciais) e formais, importa consignar, por outro lado, que tais restrições à reforma da Constituição se referem exclusivamente ao direito constitucional no sentido formal, que – dentre outros aspectos – pode ser caracterizado justamente com base na nota de sua rigidez.[669] Isto, como é sabido, não exclui a existência das assim denominadas mutações constitucionais informais, isto é, o desenvolvimento não escrito do direito constitucional (no sentido material), ao longo do tempo, principalmente por meio da interpretação (judicial, legislativa e administrativa) e do costume constitucional, que também entre nós é reconhecido pela doutrina majoritária, desde que se mantenha no âmbito dos limites traçados pelo possível sentido textual da Constituição, que não pode ser extrapolado.[670] Em que pese sua importância, não é nas mutações informais da Constituição que estamos centrando as nossas atenções neste capítulo, razão pela qual nos limitamos a esta breve referência ao assunto.[671]

Até que ponto é possível sustentar, também entre nós, a proibição de emendas à Constituição que não façam expressa menção ao dispositivo constitucional modificado ou ampliado – postulado da alteração textual – é passível de discussão, já que o Constituinte não previu norma semelhante à contida no art. 79, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, de acordo com o qual a Lei Fundamental somente poderá ser modificada mediante uma lei que altere ou amplie expressamente o seu sentido literal, dispositivo com o qual se objetivou a garantia da supremacia do direito constitucional formal, já que o conteúdo do direito constitucional deve ser, em primeira linha, extraído do documento no qual foi positivado.[672] Assim, as emendas à

[667] Recentemente, I. M. Coelho, *in: RIL* nº 113 (1992), p. 69 e ss., posicionou-se nesse sentido, preferindo, a exemplo de outros conceituados nomes da nossa doutrina, a classificação tríplice de Nelson de Souza Sampaio.

[668] A esse respeito cumpre lembrar que a qualificação de uma Constituição como rígida, distinguindo-se esta das Constituições tidas como flexíveis, encontra seu fundamento justamente e principalmente na existência de limites de natureza formal, que impõem um procedimento mais rigoroso para as reformas constitucionais do que o previsto para a alteração da legislação infraconstitucional. Nesse sentido, v. a lição, entre outros, de C. L. Antunes Rocha, *in: RIL* nº 120 (1993), p. 175.

[669] Essa a lição de Bryde, *in: von Münch III,* p. 214.

[670] Nesse sentido, v., por exemplo, C. L. Antunes Rocha, *in: RIL* nº 120 (1993), p. 164-5, ressaltando o caráter permanente e informal das mutações constitucionais, bem como M. A. Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*, p. 127-8, destacando, por sua vez, o fato de que as mutações constitucionais se caracterizam por constituírem um sistema informal de mudanças na Constituição, resultantes de processos que nesta não foram expressamente previstos. Na doutrina estrangeira, registrem-se as lições de P. Badura, *in: HBStR VII*, p. 63-4, e J. Lücke, *in*: M. Sachs (Org). *Grundgesetz*, p. 1311.

[671] Uma análise mais profunda, sistemática e relativamente recente das mutações informais da Constituição encontra-se na obra da ilustre jurista paulista A. C. da Cunha Ferraz, *Processos Informais de Mudança da Constituição*, seguramente uma das mais expressivas obras sobre esse instigante tema.

[672] Cf. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 291.

Constituição que dela se afastam e que não alteram o texto constitucional deverão ser tidas como inconstitucionais, ainda que elaboradas de acordo com o procedimento próprio e aprovadas pela maioria qualificada (no caso da Alemanha, de 2/3) prevista na Constituição, de tal sorte que a alteração pura e simples do conteúdo da Constituição se encontra vedada.[673] Com tal restrição de cunho formal, os pais da Lei Fundamental de 1949 tiveram a intenção de evitar as graves consequências do sistema adotado sob a égide da Constituição de Weimar (1919), no qual alterações da Constituição sem a respectiva modificação de seu texto eram toleradas, ainda que frontalmente colidentes com os dispositivos constitucionais, desde que aprovadas pela maioria qualificada exigida para as reformas da Constituição.[674] Entre nós, ainda que a Constituição não contenha dispositivo similar, é de se registrar, no âmbito dos limites formais, a necessidade de que a emenda seja promulgada (pelas Mesas da Câmara e do Senado Federal) com o respectivo número de ordem (art. 60, § 3º). De qualquer modo, parece-nos que a solução adotada pela Lei Fundamental de Bonn mereceria ser implantada no direito pátrio.

4.3.3.3. O problema dos limites materiais

Finalmente, antes de adentrarmos a problemática específica da proteção dos direitos fundamentais contra a ação do Poder Constituinte Reformador, há que tecer algumas considerações a respeito dos limites materiais à reforma constitucional, que, em síntese, objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição tidos como essenciais (Rawls, nesse contexto, advoga a existências daquilo que designa de "elementos constitucionais essenciais"),[675] ao menos de acordo com o entendimento do Constituinte. Nesse sentido, já se observou que, em virtude da ausência de uma fonte jurídico-positiva (em suma, de uma norma superior que lhe sirva de fundamento de validade), a vedação de certas alterações da Constituição tem os seus olhos sempre voltados para o futuro, já que o núcleo da Constituição atual passa, de certa forma (adquirindo permanência), a ser vigente também no futuro.[676] Nesse contexto e tomando-se o sistema jurídico – na concepção formulada por Juarez Freitas – como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios e regras em cujo centro se encontra a Constituição, verifica-se, agora na esteira do magistério de Alexandre Pasqualini, que todo o sistema jurídico (sem prejuízo de sua simultânea abertura material e estabilidade) "reclama um núcleo de constante fixidez (cláusulas pétreas), capaz de governar os rumos legislativos e hermenêuticos não apenas dos poderes constituídos, mas da própria sociedade como um todo".[677] A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que

[673] Cf., dentre tantos, *Jarass/Pieroth*, p. 722. Assim também *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, p. 1048, e P. Badura, *in: HBStR VII*, p. 68.

[674] A esse respeito, v. J. Lücke, *in*: M. Sachs (Org). *Grundgesetz*, p. 1309, assim como Maunz, *in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 79 III, p. 3, e Ridder, *in: AK II*, p. 537-8.

[675] Cf. J. Rawls, *O Liberalismo Político*, p. 277 e ss., onde, a despeito de não formular propriamente uma teoria constitucional, lança uma série de considerações a respeito da função e dos limites da reforma constitucional.

[676] Essa a pertinente observação de P. Kirchhof, *in: HBStR I*, p. 779.

[677] Cf. A . Pasqualini, *Hermenêutica e Sistema Jurídico*, p. 80.

caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração.[678] No fundo, o reconhecimento de limitações de cunho material significa que o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador constitucional e de uma maioria qualificada, sendo necessário, por um lado, que se impeça uma vinculação inexorável e definitiva das futuras gerações às concepções do Constituinte, ao mesmo tempo em que se garanta às Constituições a realização de seus fins.[679]

Tal constatação, aliás, não representa nenhuma novidade e já era sustentada ao tempo do surgimento das primeiras Constituições e das teorias a respeito do Poder Constituinte. Com efeito, enquanto nos Estados Unidos da América homens do porte de Jefferson e Thomas Paine pregavam a impossibilidade de os mortos poderem, por intermédio da Constituição, impor sua vontade aos vivos, o art. 28 da efêmera, mas, mesmo assim, paradigmática Constituição Francesa de 1793 estabelecia que "um povo sempre tem o direito de revisar, reformar e alterar sua Constituição. Uma geração não pode submeter as gerações futuras às suas leis".[680] Que dessas assertivas não há como deduzir que a Constituição possa ser suprimida pelas legislaturas ordinárias (mesmo mediante o procedimento agravado da reforma) nos parece elementar. Com efeito, de acordo com o magistério sempre atual de Hesse, advogando que se é certo que uma ordem constitucional não pode continuar em vigor por meio da vedação de determinadas reformas, caso ela já tiver perdido a sua força normativa, também é verdade que ela não poderá alcançar as suas metas caso estiver à disposição plena dos poderes constituídos.[681] Verifica-se, portanto, que o problema dos limites materiais à reforma constitucional passa inexoravelmente pelo equacionamento de duas variáveis, quais sejam, a permanência e a mudança da Constituição.

Com efeito, se a imutabilidade da Constituição acarreta o risco de uma ruptura da ordem constitucional, em virtude do inevitável aprofundamento do descompasso em relação à realidade social, econômica, política e cultural, a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares. Nesse contexto, verifica-se que já estas sumárias considerações evidenciam o quanto o problema dos limites à reforma constitucional, mas especialmente a questão da existência, conteúdo e alcance (eficácia) dos assim designados limites materiais (cláusulas pétreas) guarda íntima conexão e implica uma forte tensão relativamente ao princípio democrático, o que, todavia, aqui não será objeto de desenvolvimento, mas nem por isso deixa de ser absolutamente relevante.[682] Os limites à reforma constitucional de modo especial, os de cunho material, traçam, nesse sentido, a distinção entre o desenvolvimento constitucional e a ruptura da ordem constitucional por métodos ilegais (nesse caso, inconstitucionais), não tendo, porém, o condão de impedir (mas evitar) a frustração

[678] Cf. J. Néri da Silveira, *in: AJURIS* nº 64 (1995), p. 207. Semelhantemente também C. L. Antunes Rocha, *in: RIL* nº 120 (1993), p. 176.

[679] Nesse sentido situa-se o entendimento de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1135. Sobre o tema, assim como a respeito da problemática dos limites materiais em geral, *v.*, entre nós, a recente e erudita contribuição de O. V. Vieira, *A Constituição e sua Reserva de Justiça*, São Paulo, 1999.

[680] Cf. lição de Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, p. 58-9.

[681] Cf. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, p. 292.

[682] Sobre o tema, no âmbito da literatura nacional, destaca-se, seja pela profundidade da análise, seja pela riqueza e relevância da revisão bibliográfica efetuada, a contribuição de R. Brandão, *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, especialmente a primeira parte da obra.

da vontade da Constituição, nem o de proibir o recurso à revolução, podendo, em todo caso, retirar a esta a máscara da legalidade.[683]

Nesse contexto, com base especialmente na clássica e multicitada doutrina de Carl Schmitt, sustenta-se, no âmbito da doutrina pátria, que uma reforma constitucional não poderá jamais ameaçar a identidade e continuidade da Constituição, de tal sorte que a existência de limites materiais expressos exerce função de cunho protetivo, obstaculizando não apenas a destruição da ordem constitucional, mas, para além disso, vedando também a reforma de seus elementos essenciais.[684] A prova da íntima relação entre os limites materiais à reforma constitucional e a identidade[685] da Constituição reside no fato de que, de regra, os princípios fundamentais, os direitos fundamentais, bem como a forma de Estado e de governo se encontram sob o manto desta especial proteção contra sua alteração e esvaziamento por parte do Poder Constituinte Reformador,[686] o que também ocorre na nossa atual Constituição.[687] De acordo com a pertinente lição de Gilmar F. Mendes, o fato de ter o Constituinte (Poder Constituinte Originário) considerado certos conteúdos tão relevantes a ponto de colocá-los sob a proteção das "cláusulas pétreas", leva à constatação de que justamente nesses dispositivos se encontram ancorados os elementos e princípios essenciais da ordem constitucional.[688] A existência de limites materiais expressamente previstos na Constituição (habitualmente denominados de "cláusulas pétreas" ou "garantias de eternidade" não exclui, por sua vez, outras limitações desta natureza, que, por não consagradas no texto constitucional, costumam ser qualificadas como limites materiais implícitos (não escritos),[689] que não se confundem com a noção de limites materiais tácitos à reforma constitucional, em que pese a identificação (no sentido da utilização equivocada das noções de limites materiais implícitos e tácitos como sendo sinônimas) por vezes encontrada na doutrina, aspecto que aqui, contudo, não iremos desenvolver.[690]

[683] Cf. P. Kirchhof, *in: HBStR I*, p. 790.

[684] Cf. G. F. Mendes, *in: AJURIS* nº 60 (1994), p. 250, que, nesse contexto, também se reporta às lições de B. O. Bryde e K. Hesse.

[685] A respeito da identidade constitucional e do problema de sua permanente construção e reconstrução, v. o contributo instigante de M. Rosenfeld, *A identidade do sujeito constitucional*, 2003, muito embora a análise do autor, efetuada especialmente a partir de referenciais da filosofia de Hegel e da psicanálise de Lacan e Freud, transcenda os aspectos vinculados à problemática da reforma constitucional.

[686] Nesse sentido, v. M. A. Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*, p. 147. De acordo com a pertinente observação de G. F. Mendes, *in: AJURIS* nº 60 (1994), p. 251, inspirada nas lições de B. O. Bryde, quando o Constituinte considerou determinados conteúdos da Constituição tão relevantes a ponto de colocá-los sob a proteção das assim denominadas "cláusulas pétreas", é possível partir-se do pressuposto de que justamente nestes dispositivos se encontram ancorados os elementos e princípios essenciais da ordem constitucional.

[687] Registre-se que a nossa Constituição vigente contém o catálogo mais abrangente de limites materiais expressos à reforma constitucional no âmbito de nossa evolução constitucional. Com efeito, enquanto a Constituição de 1891 (art. 90, § 4º) continha a proibição de abolição da República, a Federação e a igual representação dos Estados no Senado Federal, a Constituição de 1934 (art. 178, § 5º) previa como limites materiais expressos apenas a República e a Federação. Já a Constituição de 1937, a exemplo do que já ocorrera com a Carta de 1824, não continha nenhum limite material expresso. No art. 217, § 6º, da Constituição de 1946, por sua vez, foram novamente protegidas a República e a Federação, o que veio a ser mantido pela Constituição de 1967-69 (art. 47, § 1º).

[688] Cf. G. F. Mendes, *in: AJURIS* nº 60 (1994), p. 251, inspirado nas lições do publicista germânico B. O. Bryde.

[689] Nesse sentido já se posicionava o nosso clássico N. S. Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, p. 92 e ss.

[690] Aqui remetemos às ponderações de B. A. Corral, *Los limites materiales a la reforma de la Constitución Española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, op. cit., p. 177 e ss., explorando a distinção entre limites explícitos e implícitos, mas refutando a existência de limites tácitos.

Também entre nós a doutrina majoritária reconhece a existência – para além dos limites expressamente positivados na Constituição – de limites materiais implícitos à reforma constitucional, não se registrando, contudo, unanimidade a respeito de quais sejam exatamente esses limites. Nesta esfera, houve quem fizesse menção às lições dos constitucionalistas norte-americanos Joseph Story e Thomas Cooley, salientando que o primeiro sustentava que a Federação não poderia ser abolida por meio de uma reforma constitucional, sendo que o segundo, além de desenvolver essa mesma ideia, advogava o ponto de vista de acordo com o qual o espírito da Constituição traçava certos limites implícitos às alterações da Constituição.[691] A doutrina dos limites implícitos costuma também ser reconduzida ao pensamento de Carl Schmitt, já que este entendia ser desnecessária a declaração expressa da inalterabilidade de determinados princípios, na medida em que a identidade da Constituição jamais poderia vir a ser destruída por uma reforma constitucional.[692] Outro argumento em favor do reconhecimento dos limites implícitos pode ser extraído da monumental obra do publicista lusitano Gomes Canotilho, que chama a atenção para o risco de as Constituições, especialmente as que não contêm limitações expressas (cláusulas pétreas), se transformarem em Constituições provisórias, verdadeiras Constituições em branco, à mercê da discricionariedade do poder reformador.[693]

Para além do exposto, há que dar razão aos que sustentam que a construção de uma teoria dos limites implícitos à reforma constitucional apenas pode ser efetuada à luz de determinada ordem constitucional (isto é, do direito constitucional positivo), no sentido de que as limitações implícitas deveriam ser deduzidas diretamente da Constituição, considerando-se especialmente os princípios cuja abolição ou restrição poderia implicar a ruptura da própria ordem constitucional.[694] Nesta mesma linha de entendimento, o clássico Loewenstein, igualmente reconhecendo a existência de limites implícitos (que também designa de tácitos ou imanentes) destaca que nessas hipóteses a proibição da reforma decorre do "espírito", do *telos* da Constituição, independentemente de uma proclamação expressa.[695] Na medida em que diretamente extraídos de uma Constituição concreta, aos limites materiais implícitos pode ser atribuída a mesma força jurídica dos limites expressos, razão pela qual asseguram à Constituição, ao menos em princípio, o mesmo nível de proteção.[696]

Dentre os limites implícitos que harmonizam com o direito constitucional pátrio há que destacar, em primeiro plano, a impossibilidade de proceder-se a uma reforma total ou, pelo menos, que tenha por objeto os princípios fundamentais de nossa ordem

[691] Cf. a lembrança de M. G. Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, p. 111.

[692] Cf. a precisa leitura de G. F. Mendes, *in: AJURIS* nº 60 (1994), p. 250. Em sentido similar, v., por último, a contribuição de L. C. Pinto e Netto, *Os Direitos Sociais como Limites Materiais à Revisão Constitucional*, Salvador: Jus Podium, 2009, p. 90 e ss.

[693] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1136-7.

[694] Nesse sentido a lição de C. R. Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p. 36. Também J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1136, parece comungar deste entendimento, sustentando que "a idéia de limitação do poder de revisão, no sentido apontado, não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas no texto constitucional. Desta forma, os limites materiais devem encontrar um mínimo de recepção no texto constitucional, ou seja, devem ser limites textuais implícitos".

[695] Cf. K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 189.

[696] Essa a oportuna consideração de C. L. Antunes Rocha, *in: RIL* nº 120 (1993), p. 178.

constitucional, já que resultaria na sua destruição.[697] Aliás, aplicando-se efetivamente esse princípio (inalterabilidade da identidade da Constituição), até mesmo a existência de limites expressos parece dispensável, já que os princípios e direitos fundamentais, assim como as decisões essenciais sobre a forma de Estado e de governo fatalmente não poderiam ser objeto de abolição ou esvaziamento.

Poder-se-á sustentar, na esteira deste entendimento, que todos os princípios fundamentais do Título I da nossa Constituição (arts. 1º a 4º) integram o elenco dos limites materiais implícitos, ressaltando-se, todavia, que boa parte deles já foi contemplada no rol das "cláusulas pétreas" do art. 60, § 4º, da CF. A toda evidência, não se nos afigura razoável o entendimento de que a Federação e o princípio da separação dos poderes se encontram protegidos contra o Poder Constituinte Reformador, e o princípio da dignidade da pessoa humana não. Também as normas sobre o Poder Constituinte e sobre a reforma da Constituição costumam ser enquadradas na categoria dos limites implícitos.[698] Mais recentemente, sustentou-se – em nosso sentir, apropriadamente – a inalterabilidade da forma de governo republicana e do sistema presidencialista, argumentando-se, nesse sentido, que com base na consulta popular efetuada em abril de 1993, a República e o Presidencialismo passaram a corresponder à vontade expressa e diretamente manifestada do titular do Poder Constituinte, não se encontrando, portanto, à disposição do poder de reforma da Constituição.[699] Ressalte-se, nesse contexto, que a decisão, tomada pelo Constituinte, no sentido de não enquadrar essas decisões fundamentais no rol das "cláusulas pétreas" (art. 60, § 4º), somada à previsão de um plebiscito sobre esta matéria, autoriza a conclusão de que se pretendeu conscientemente deixar para o povo (titular do Poder Constituinte) esta opção.[700] Já no que diz com os direitos fundamentais, que atualmente constituem limite material expresso (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF), não subsistem razões para continuar a considerá-los limites implícitos, a exemplo do que ocorria no constitucionalismo pretérito.[701]

Aspecto que assume relevo no âmbito dos assim denominados limites materiais implícitos diz com a possibilidade (ou não) de se alterarem e até mesmo de se eliminarem, por meio de uma reforma constitucional, as próprias normas da Constituição que versam sobre a reforma, especialmente as que estabelecem os limites materiais. Cuida-se, em suma, daquilo que boa parte da doutrina convencionou denominar de tese da "dupla revisão" e que Vital Moreira preferiu chamar de "teoria da revisibilidade das cláusulas proibitivas de revisão".[702] Como pretendemos demonstrar, ainda que de modo sumário, a tese da assim chamada "dupla revisão" é – nas palavras de Pedro de Vega, "tão engenhosa quanto insustentável".[703] Com efeito, a despeito de não se registrar um consenso a respeito, verifica-se que – ao menos entre nós – a

[697] Cf., dentre outros, P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 178, que ainda refere a impossibilidade de vir o Poder Constituinte Reformador a substituir o Poder Constituinte originário.

[698] Esse já era o entendimento do clássico N. S. Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, p. 93.

[699] Cf. a posição de R. M. Horta, *in: RBEP* nº 78/79 (1994), p. 15-6.

[700] Cumpre lembrar que desde a Constituição de 1891 o princípio republicano marcou presença dentre os limites expressos à reforma constitucional.

[701] Dentre os que consideravam os direitos fundamentais limites materiais implícitos, destaca-se N. S. Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, p. 93.

[702] Cf. V. Moreira, *Constituição e Revisão Constitucional*, p. 106.

[703] Cf. Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, p. 265.

doutrina majoritária se posiciona a favor do reconhecimento de um limite implícito, impedindo alterações nas normas que regulamentam os limites explícitos à reforma de nossa Lei Fundamental. Os defensores desta concepção partem da premissa de que, possibilitada a reforma dos limites expressos, de modo especial no que diz com as "cláusulas pétreas", se acabaria por autorizar o Poder Constituinte Reformador a realizar uma reforma global, que, por sua vez, poderia conduzir a uma destruição da identidade da ordem constitucional, razão pela qual há quem se pergunte até que ponto é possível ao legislador (investido do poder de reformar a Constituição), alterar ou abolir algo expressamente tido por intangível pelo Constituinte.[704]

Na esteira de Sieyès, referiu-se que o Legislador Constitucional (Poder Constituinte Reformador) não pode, ele próprio, alterar as normas que definem os limites de sua competência, sob pena de guindar-se ilegitimamente à posição do Poder Constituinte, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses nas quais a Constituição autoriza expressamente a modificação e/ou supressão das cláusulas sobre os limites da reforma, o que também se aplica aos limites formais e temporais (circunstanciais), em face do risco de uma flexibilização da rigidez constitucional.[705] Para além disso, sustenta-se que a imutabilidade das normas sobre os limites da reforma constitucional corresponde a uma exigência da lógica normativa, no sentido de que não apenas os princípios erigidos expressamente à condição de limites materiais, mas também as próprias "cláusulas pétreas" não podem ser objeto de alteração ou abolição, de tal sorte que as "cláusulas pétreas", além de assegurarem a identidade da Constituição, podem ser elas próprias consideradas parte integrante desta identidade.[706] Ainda nesse contexto, cumpre destacar a lição de Gomes Canotilho, para quem as normas de revisão, pelo fato de atestarem a superioridade do Constituinte, podem ser qualificadas como normas superconstitucionais, cuja violação acaba por situar-se nos limites de uma ruptura constitucional.[707] Para formular a questão de um modo algo mais drástico, aceitar a tese da "dupla revisão" equivaleria a reconhecer que a própria Constituição – caso admitisse a sua autossubversão – estaria dando margem ao seu suicídio.[708]

Em que pese a doutrina majoritária ter-se posicionado pela inalterabilidade das cláusulas sobre os limites da reforma constitucional, não faltam argumentos

[704] A esse respeito, v., dentre outros, C. L. Antunes Rocha, *in: RIL* nº 120 (1993), p. 180, que, no entanto, se posiciona de forma cética diante da absoluta imutabilidade das normas sobre os limites à reforma constitucional.

[705] Essa a lição de N. S. Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, p. 105-6. Cumpre referir, nesse contexto, a discussão travada em torno da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 2, de 25-08-1992, que antecipou em alguns meses a realização do Plebiscito previsto no art. 2º do ADCT, alteração que acabou sendo declarada constitucional pelo STF. Sobre esse tema específico (constitucionalidade da antecipação do Plebiscito), v. G. F. Mendes, *in: RTDP* nº 7 (1994), p. 104 e ss. Mais recentemente, destaca-se o estudo de L. V. Afonso da Silva," Ulisses, as Sereias e o Poder Constituinte Derivado", *in*: RDA 226 (2001), p. 29, igualmente sustentando a irrevisibilidade dos limites formais.

[706] Cf. G. F. Mendes, *in: RTDP* nº 7 (1994), p. 112, baseado nas lições dos publicistas germânicos T. Maunz e B. O. Bryde. Posição semelhante é sustentada por J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1138, preconizando que "as regras de alteração de uma norma pertencem, logicamente, aos pressupostos da mesma norma, e daí que as regras fixadoras das condições de alteração de uma norma se coloquem num nível de validade (eficácia) superior ao da norma a modificar".

[707] Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1138.

[708] Cf. V. Moreira, *Constituição e Revisão Constitucional*, p. 108, que, de resto, em curto mas brilhante ensaio sobre o tema, apresenta consistente rol de argumentos contestando a tese da "dupla revisão". No mesmo sentido, entre nós, C. L. Antunes Rocha, "Reforma total da Constituição: remédio ou suicídio constitucional?", *in*: J. A . Leite Sampaio (Coord.), *Crise e desafios da Constituição*, p.148 e ss., sustentando que uma reforma total significaria mais do que um suicídio, por se tratar de um golpe contra a Constituição e a própria sociedade (p. 173).

que contrariam essa concepção. Nesse sentido, Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1967/69, observou que a impossibilidade de se alterarem os limites materiais à reforma constitucional poderia conduzir à petrificação de determinados princípios, não deixando outra alternativa além do recurso à revolução para promover a sua alteração.[709] Mais recentemente, houve até mesmo quem sustentasse a possibilidade de uma dupla revisão (alteração das normas sobre os limites à reforma constitucional e posterior modificação ou abolição dos princípios originalmente protegidos), argumentando que a Constituição de 1988 nada mais é do que uma reforma abrangente da Constituição de 1967/69, já que elaborada pelo Congresso Nacional, e não por uma Assembleia Nacional Constituinte autônoma e exclusiva.[710] Esse último argumento, salvo melhor juízo, não merece acolhida, já que não leva em consideração o fato de que o Congresso Constituinte de 1987/88, além de direta e livremente eleito para a elaboração (ainda que não em caráter exclusivo) de uma nova Constituição, não esteve sujeito a outras pressões ou condicionamentos que não os inerentes ao amplo debate e discussão que caracterizaram o nosso processo Constituinte.[711]

De concreto, resta, contudo, a pertinente preocupação com a petrificação da ordem constitucional, justificando a elaboração de propostas de cunho conciliatório, sustentando que as "cláusulas pétreas" não podem ser compreendidas como limites absolutos à reforma da Constituição, já que é necessário alcançar-se certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade, não sendo exigível que as gerações futuras fiquem eternamente vinculadas a determinados princípios e valores consagrados pelo Constituinte em determinado momento histórico, o que, em outras palavras, significaria chancelar os temores de T. Jefferson no sentido de que os mortos pudessem, de certa forma, impor sua vontade aos vivos.[712] Nesse contexto, houve quem se posicionasse a favor da revisibilidade das cláusulas sobre os limites à reforma constitucional, desde que fosse viabilizada a participação direta do povo, na condição de titular do Poder Constituinte, nesse processo, outorgando às reformas certo grau de legitimação.[713] Todavia, cremos que também essa alternativa seja questionável, isso sem falar na ausência de previsão expressa a respeito na nossa Constituição, a despeito das sugestões formuladas por ocasião da discussão da revisão constitucional.[714] Com efeito, como bem lembra Vital Moreira, também

[709] Cf. Pontes de Miranda, *Comentários III*, p. 145.

[710] Nesse sentido, v. M. G. Ferreira Filho, *in: RDA* nº 202 (1995), p. 16.

[711] Cf. G. Ataliba, *in*: *Revisão Constitucional – Aspectos Jurídicos, Políticos e Éticos*, p. 40 e ss, analisando, entre outros aspectos, o problema da legitimidade da Constituição de 1988. No mesmo sentido, criticando tal linha argumentativa, o insuspeito (pela sua incansável cruzada contra o autoritarismo) e qualificado entendimento de R. R. Ruschel, *Direito Constitucional em Tempos de Crise*, p. 160 e ss.

[712] Cf. C. L. Antunes Rocha, *in: RIL* nº 120 (1993), p. 180 e ss.

[713] Este o ponto de vista sustentado, dentre outros, por C. L. Antunes Rocha, *in: RIL* nº 120 (1993), p. 182, e G. F. Mendes, *in: AJURIS* nº 60 (1994), p. 253-4, referindo-se aos exemplos das Constituições da Suíça (art. 118-23), Áustria (art. 44) e Espanha (art. 166), que traçam clara distinção entre uma revisão parcial ou total da Constituição, estabelecendo para a última um procedimento mais rigoroso, caracterizado pela participação direta do povo no processo revisional.

[714] É de referir-se, nesse contexto, que, no âmbito da frustrada revisão constitucional de 1993/94, chegaram a ser apresentadas algumas propostas favoráveis à revisão total da Constituição, bem como sugerindo a supressão e alteração das "cláusulas pétreas". Sem que se vá reproduzir na íntegra o conteúdo das propostas, cumpre destacar que o Relator da Revisão, Deputado Nelson Jobim (*in: Relatoria da Revisão Constitucional*, vol. II, p. 421 e ss.), no Parecer

o argumento da soberania popular revela-se falho, já que num Estado democrático de Direito e soberania popular é, de fato, soberania constitucional, exercida exatamente nos termos da Constituição, que justamente existe para regular o processo democrático e o próprio exercício da soberania popular.[715] Além disso, entendemos que a necessária adaptabilidade da Constituição pode ser suficientemente assegurada por meio de uma adequada exegese do alcance das "cláusulas pétreas", o que, por sua vez, nos reconduz ao problema de qual efetivamente a proteção outorgada aos princípios e direitos fundamentais por elas abrangidos.

Quanto à abrangência do rol dos limites materiais explícitos (art. 60, § 4°, da CF), verifica-se, como já ressaltado, um avanço relativamente ao direito constitucional pátrio anterior, já que significativo o número de princípios e decisões fundamentais protegidos (princípio federativo, democrático, separação de poderes e direitos e garantias fundamentais). Note-se, nesse contexto, a ausência de uma hierarquia predeterminada entre estes valores essenciais da nossa ordem constitucional, o que não afasta a possibilidade de concorrências e colisões, que, à luz do caso concreto, deverão ser solvidas mediante as regras aplicáveis nestas hipóteses, buscando-se sempre um equilíbrio entre os valores em pauta.[716]

Voltando-nos, agora, ao problema do alcance da proteção outorgada pelos limites materiais à reforma constitucional, há que atentar, desde logo, para o fato de que o enunciado da norma contida no art. 60, § 4°, da nossa Constituição (... "não serão objeto de deliberação propostas de emenda tendentes a abolir..."), deixa antever duas diretrizes: a) não apenas as alterações da Constituição que objetivam a supressão dos princípios guindados à condição de "cláusula pétrea", mas também as que revelam uma tendência à sua supressão se encontram vedadas; b) os projetos de emenda que atentam contra tais mandamentos sequer poderão ser apreciados e votados pelo Congresso, de tal sorte que mesmo antes de sua promulgação se viabiliza o controle jurisdicional de sua constitucionalidade.[717]

n° 49, propôs a inserção de mais dois parágrafos no art. 60 da CF, regulamentando a figura da revisão constitucional, distinta das emendas, que continuariam sendo a forma ordinária de alteração da Constituição. Dentre os pressupostos, merecem referência os que seguem: a) a proposta de revisão deveria ser subscrita pela maioria absoluta dos membros do Congresso; b) esta proposta deveria ser votada em dois turnos, mediante uma maioria de 3/5 dos membros de cada casa do Congresso; c) o projeto de revisão, por sua vez, estaria sujeito ao mesmo procedimento; d) os projetos de revisão aprovados deveriam ser referendados pelo povo, mediante a maioria absoluta dos votos válidos; e) entre cada revisão deveria transcorrer um período de no mínimo cinco anos. No mesmo parecer foram apresentadas duas alternativas, que, de modo geral, obedecem aos mesmos critérios. Dentre os aspectos divergentes, assume relevo o lapso temporal entre uma revisão e outra, que foi aumentado para 10 anos. Também foi proposta a supressão das "cláusulas pétreas" do art. 60, § 4°, da CF, mantendo-se apenas a proteção dos direitos e garantias elencados no art. 5° de nossa Constituição, excluindo-se, portanto, os demais direitos fundamentais do rol das limites materiais à reforma constitucional.

[715] Cf. V. Moreira, *Constituição e Revisão Constitucional*, p. 108, o que não afasta, por óbvio, a possibilidade de uma nova Assembleia Constituinte consagrar tal procedimento.

[716] Essa a oportuna referência de P. Kirchhof, *in: HBStR I*, p. 803.

[717] A respeito da possibilidade de controlar-se a constitucionalidade de uma emenda à Constituição mesmo no decorrer de sua apreciação pelo Congresso, já encontramos posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, v. especialmente o voto prolatado pelo eminente Ministro Moreira Alves, por ocasião do julgamento ocorrido em 08-10-1980 (RTJ n° 99 [1980], p. 1040). Mais recentemente, já sob a égide da Constituição vigente, tal controle prévio da constitucionalidade das Emendas à Constituição foi reiterada por ocasião do julgamento da ADIN n° 466-2/DF, ocorrido em 03-04-1991, quando, apesar de rechaçar-se a viabilidade do controle abstrato preventivo, não se excluiu eventual controle concreto, no caso, mediante a impetração de mandado de segurança, a exemplo do que ocorreu com a decisão anterior citada.

O que importa ressaltar, à vista dos elementos normativos referidos, é que também entre nós as "cláusulas pétreas" não implicam absoluta imunidade e restrições dos conteúdos por elas assegurados. Por outro lado, não é de fácil determinação o momento no qual determinada emenda à Constituição efetivamente tende a abolir o princípio protegido. Tal aferição, registre-se desde já, apenas poderá ocorrer à luz do caso concreto, cotejando-se o conteúdo da emenda com a decisão fundamental integrante do rol das "cláusulas pétreas", o que igualmente se impõe na hipótese de nos depararmos com alguma limitação material implícita. Para além disso, verifica-se que uma abolição efetiva, para efeitos do controle da constitucionalidade da reforma, pode ser equiparada a uma abolição tendencial, já que ambas as hipóteses foram expressamente vedadas pelo Constituinte.

A garantia de determinados conteúdos da Constituição por meio da previsão das assim denominadas "cláusulas pétreas" assume, desde logo, uma dúplice função, já que protege os conteúdos que compõem a identidade e estrutura essenciais da Constituição, proteção esta que, todavia, assegura estes conteúdos apenas na sua essência, não se opondo a desenvolvimentos ou modificações que preservem os princípios naqueles contidos.[718] Com efeito, de acordo com a lição da doutrina majoritária, as "cláusulas pétreas" de uma Constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional.[719] Nesse sentido, é possível sustentar que as "cláusulas pétreas" contêm, em verdade, uma proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais.[720] Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção.[721] De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas "cláusulas pétreas" não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido.[722] Tomando-se como parâmetro o direito constitucional pátrio, tal assertiva pode ser perfeitamente ilustrada à luz de alguns dos princípios integrantes do rol do art. 60, § 4°, de nossa Constituição.

Com efeito, quando o Constituinte estabeleceu a intangibilidade do princípio federativo (art. 60, § 4°, inc. I, da CF), tal proteção não se limitou apenas ao art. 1° da Constituição (de acordo com o qual o Estado Federal brasileiro se compõe da união indissolúvel da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), mas estende-se a todos os elementos essenciais da Federação. Em se levando em conta que o princípio federativo se manifesta em diversos outros dispositivos da Constituição, verifica-se que também estes se encontram ao abrigo da proteção das "cláusulas pétreas".[723] As normas versando sobre a distribuição de competência entre os diversos

[718] Cf. P. Kirchhof, *in: HBStR I*, p. 802. Entre nós, v., desenvolvendo o tópico e trilhando essa linha argumentativa, L. C. Pinto Netto, *Os Direitos Sociais como Revisão Constitucional*, p. 169 e ss.

[719] Essa a lição de J. Miranda, *Manual II*, p. 155.

[720] Cf. a oportuna ponderação de G. F. Mendes, *in: AJURIS* n° 60 (1994), p. 251, arrimado na doutrina de Bryde. No mesmo sentido, explorando o tema no âmbito da força normativa dos princípios constitucionais (que, de resto, considera como constituindo necessariamente limites materiais à reforma constitucional), v. a posição de R. S. Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 214.

[721] Nesse sentido, v., recentemente G. F. Mendes, *in: RTDP* n° 7 (1994), p. 120.

[722] Esse já era o entendimento de N. S. Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, p. 89.

[723] Cf. R. M. Horta, *in: RBEP* n° 78-79 (1994), p. 17.

entes da Federação (arts. 21 a 24 da CF), a autoorganização e autonomia dos Estados (arts. 25 a 28 da CF) e dos Municípios (arts. 29 e 30 da CF) constituem apenas alguns exemplos inequívocos no sentido de que também estas normas, dada a sua particular relevância para a caracterização de uma efetiva Federação, se encontram imunes à atuação erosiva de uma reforma constitucional. Não restam dúvidas de que, no caso de uma supressão da competência legislativa privativa dos Estados e Municípios, o Estado Federal ficaria atingido em um de seus elementos essenciais.

Raciocínio semelhante pode ser aplicado ao princípio da separação dos poderes, que igualmente se encontra ao abrigo das "clásulas pétreas" (art. 60, § 4°, inc. IV, da CF). Caso a autonomia e independência do Poder Judiciário viessem a ser restringidas de tal forma – há até mesmo quem pretenda suprimi-las por completo – que ficassem virtualmente inoperantes, poder-se-ia sustentar uma inequívoca afronta ao princípio da separação dos Poderes.[724] Relativamente ao princípio republicano, que na Constituição de 1967/69 integrava o rol das "clásulas pétreas" e que – consoante já assinalado – pode, atualmente, ser considerado autêntico limite material implícito, encontramos até mesmo posição do Supremo Tribunal Federal afinada com a concepção que ora sustentamos. Em julgamento ocorrido no dia 08-10-80, a nossa Corte Constitucional, mesmo tendo julgado improcedente a ação, entendeu que a mera ampliação do mandato dos prefeitos por mais dois anos não poderia ser considerada uma abolição (nem mesmo tendencial) da nossa República, já que o postulado republicano da limitação temporal dos mandatos políticos ficou preservado.[725]

No âmbito da doutrina pátria, revelando uma nítida tendência de adesão à doutrina alemã, já há quem sustente que uma emenda constitucional apenas tende a abolir um bem protegido pelas "cláusulas pétreas" na hipótese de vir a ser atingido o núcleo essencial do princípio em questão, não ficando obstaculizada a sua regulamentação, alteração ou mesmo a sua restrição (desde que não afetado o núcleo essencial).[726] O núcleo do bem constitucional protegido é, de acordo com esse ponto de vista, constituído pela essência do princípio ou direito, não por seus elementos circunstanciais, cuidando-se, nesse sentido, daqueles elementos que não podem ser suprimidos sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e estrutura.[727] Nesse contexto, afirmou-se acertadamente que a constatação de uma efetiva agressão ao núcleo essencial do princípio protegido depende de uma poderação tópica, mediante a qual se deverá verificar se a alteração constitucional afeta apenas aspectos ou posições marginais da norma, ou se, pelo contrário, investe contra o próprio núcleo do princípio em questão.[728] Levando em conta que o objetivo precípuo deste capítulo é o de analisar a proteção dos direitos fundamentais contra a atuação do poder de reforma da Constituição, deixaremos de avançar, por ora, na análise da amplitude desta proteção, remetendo o leitor ao próximo item.

[724] Sobre a reforma constitucional, o princípio da separação dos Poderes e a garantia da independência e autonomia do Poder Judiciário, v., especialmente J. N. da Silveira, *in*: *AJURIS* n° 64 (1995), p. 210 e ss.

[725] V. voto do Ministro Moreira Alves, *in: RTJ* n° 99 (1980), p. 1040-1.

[726] Essa a recente lição de F. B. Novelli, *in: RF* n° 330 (1995), p. 80 e ss., baseado especialmente na doutrina de K. Stern.

[727] Assim também F. B. Novelli, *in: RF* n° 330 (1995), p. 82.

[728] Cf. G. F. Mendes, *in: RTDP* n° 7 (1994), p. 120, que, nesse sentido, se posiciona favoravelmente à teoria do núcleo essencial, já referida na formulação que lhe deu F. B. Novelli.

4.3.4. "Cláusulas pétreas" e direitos fundamentais

4.3.4.1. Considerações preliminares

O fato de o Constituinte ter guindado os direitos fundamentais (pelo menos parte deles, para os que advogam uma interpretação restritiva) à condição de limite material expresso à reforma constitucional pode ser considerado, consoante já assinalado, um dos indicadores da fundamentalidade formal das normas que os consagram. Essa especial proteção dos direitos fundamentais é, sem dúvida, qualidade que os distingue das demais normas constitucionais. A condição de "cláusula pétrea", aliada ao postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5°, § 1°, da CF), constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria. Por outro lado, também no que tange a esse aspecto não são poucas as indagações com as quais se depara todo aquele que objetiva aprofundar-se no exame da matéria. Em primeiro lugar, impõe-se uma análise da abrangência da proteção outorgada pelo art. 60, § 4°, inc. IV, de nossa Constituição, já que esse dispositivo se vale da expressão "direitos e garantias individuais", gerando no mínimo uma dúvida fundada no que concerne à inclusão dos demais direitos fundamentais (sociais e políticos, por exemplo), aspecto a respeito do qual até hoje não se registra consenso na doutrina. Uma vez superada essa questão, haveremos de enfrentar o problema da intensidade da proteção outorgada pelo art. 60, § 4°, inc. IV, da CF, considerando, para este efeito, as distinções existentes entre as diversas categorias de direitos fundamentais, de modo especial entre os direitos de defesa e os direitos prestacionais. Esses, em suma, os principais aspectos com os quais nos ocuparemos nos dois próximos itens deste capítulo.

4.3.4.2. Abrangência das "cláusulas pétreas" na esfera dos direitos fundamentais

Desde logo, em se tomando como ponto de partida o enunciado literal do art. 60, § 4°, inc. IV, da CF, poder-se-ia afirmar – e, de fato, há quem sustente tal ponto de vista – que apenas os direitos e garantias individuais (art. 5° da CF) se encontram incluídos no rol das "cláusulas pétreas" de nossa Constituição. Caso fôssemos aferrar-nos a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (arts. 6° a 11), mas também os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13), bem como os direitos políticos (arts. 14 a 17) fatalmente estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no art. 60, § 4°, inc. IV, de nossa Lei Fundamental. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do art. 5° não seriam merecedores desta proteção. Já essa simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer. Caso assim fosse, os direitos essenciais de participação política (art. 14), a liberdade sindical (art. 8°) e o direito de greve (art. 9°), apenas para citar alguns exemplos, encontrar-se-iam em condição inferior à dos demais direitos fundamentais, não compartilhando o mesmo regime jurídico reforçado, ao menos não na sua plenitude. Paradoxalmente, em se levando ao extremo este raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar que o mandado de segurança individual integra as "clásulas pétreas", ao passo que o mandado de segurança coletivo por estas não se encontra abrangido! Nesse contexto, sustentou-se que a expressão "direitos e garantias

individuais", utilizada no art. 60, § 4°, inc. IV. da CF não se encontra reproduzida em nenhum outro dispositivo da Constituição, razão pela qual mesmo com base numa interpretação literal não se poderia confundir estes direitos individuais com os direitos individuais e coletivos do art. 5° de nossa Lei Fundamental.[729]

Para os que advogam uma interpretação restritiva do art. 60, § 4°, inc. IV, da CF, abre-se outra alternativa. Com efeito, poder-se-ia sustentar, ainda, que a expressão "direitos e garantias individuais" deve ser interpretada de tal forma, que apenas os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do art. 5° podem ser considerados "cláusula pétrea". A viabilidade desta concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não individuais. Caso considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (especialmente os direitos de liberdade), concepção que corresponde à tradição no direito constitucional pátrio, teríamos de identificar nos outros capítulos do Título II da nossa Carta, os direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais não prestacionais) também se encontrariam ao abrigo das "cláusulas pétreas". Solução semelhante foi adotada no constitucionalismo português, no qual há disposição expressa estabelecendo que os direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias se encontram sujeitos ao mesmo regime jurídico (art. 17 da CRP), destacando-se, nesse particular, a sua condição de limites materiais ao poder de revisão da Constituição (art. 288 da CRP), o que se aplica, inclusive, às assim denominadas liberdades sociais (na condição de direitos análogos), ainda que constantes no capítulo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Entre nós, à míngua de um regime jurídico diferenciado expressamente previsto na Constituição, tal entendimento não poderá prevalecer, já que não encontramos – conforma assinalado alhures – qualquer sustentáculo no direito constitucional positivo para justificar uma distinção no que diz com a fundamentalidade dos direitos sociais.

No direito pátrio, há quem sustente que os direitos sociais não podem, em hipótese alguma, ser considerados como integrando as "clásulas pétreas" da Constituição, isso pelo fato de não poderem (ao menos na condição de direitos a prestações) ser equiparados aos direitos de liberdade do art. 5°. Para além disso, argumenta-se que, se o Constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a cláusula da intangibilidade, ele o teria feito, ou nominando expressamente esta categoria de direitos no art. 60, § 4°, inc. IV, ou referindo-se de forma genérica a todos os direitos e garantias fundamentais, mas não apenas aos direitos e garantias individuais.[730] Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos

[729] Cf. M. A. Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*, p. 182.

[730] Cf. O. B. Magano, *in: CDCCP* n° 7 (1994), p. 110-1, chegando até mesmo a sustentar não apenas a possibilidade, mas inclusive a necessidade de se excluírem os direitos sociais da Constituição.

de defesa; c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das "cláusulas pétreas" aos direitos fundamentais elencados no art. 5° da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, § 4°, inc. IV, de nossa lei Fundamental.[731]

Todas essas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do art. 60, § 4°, inc. IV, da CF. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente. Como a inclusão dos direitos sociais (e demais direitos fundamentais) no rol das "cláusulas pétreas" pode ser justificada à luz do direito constitucional positivo é questão que merece análise um pouco mais detida. Já no preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a ideia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente nos arts. 1°, incs. I a III, e 3°, incs. I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da nossa Constituição.[732] Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das "cláusulas pétreas" – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.[733] Poder-se-á argumentar, ainda, que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, tivesse outorgado a estes direitos proteção jurídica diminuída.

Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir

[731] Não esqueçamos, como oportunamente averbou C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 146 e ss., que o direito à nacionalidade e o direito à cidadania – por sua vez, umbilicalmente ligado ao primeiro, como verdadeiro direito a ter direitos –, fundamentam o vínculo entre o indivíduo e determinado Estado, colocando o primeiro sob a proteção do segundo e de seu ordenamento jurídico, razão pela qual não nos parece aceitável que posição jurídica fundamental de tal relevância venha a ser excluída do âmbito de proteção das "cláusulas pétreas."

[732] Nesse sentido, o entendimento de M. A. Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*, p. 183 e ss., sustentando que também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos integram as "cláusulas pétreas" de nossa Constituição, de modo especial em face de sua estreita vinculação com os princípios fundamentais do Título I (especialmente art. 1°, *caput* e incs, II e V), que consagram o princípio democrático, o princípio da soberania popular, o pluralismo político etc.

[733] Essa a pertinente lição de R. M. Horta, *in: RBEP* n° 78-79 (1994), p. 14-5.

um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar esse entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos).

Contestando essa linha argumentativa, Gustavo Costa e Silva, em recente e belo trabalho sobre o tema, sustenta que a "dualidade entre direitos "individuais" e "sociais" nada tem a ver com a titularidade, remetendo, em verdade, à vinculação de uns e outros a diferentes estágios da formação do ethos do Estado constitucional," no caso – tal como segue argumentando o autor – na circunstância de que os direitos individuais estão vinculados ao paradigma do estado liberal individualista, e não ao estado social, de cunho solidário.[734] Todavia, ainda que se reconheça a inteligência da crítica, parece-nos que a resposta já foi fornecida, designadamente quando apontamos para o fato de que não é possível extrair da nossa Carta Magna um regime diferenciado – no sentido de um regime jurídico próprio – entre os direitos de liberdade (direitos individuais) e os direitos sociais, mesmo que entre ambos os grupos de direitos, especialmente entre a sua dimensão negativa e positiva, existam diferenças no que diz com o seu objeto e função desempenhada na ordem jurídico-constitucional. Além do mais, em momento algum nos limitamos a colacionar o argumento da titularidade individual de todos os direitos como fundamento de nossa posição, já que esta constitui apenas uma razão entre outras.

Outro argumento utilizado pelos que advogam uma interpretação restritiva das "cláusulas pétreas" diz com a existência de diversas posições jurídicas constantes no Título II de nossa Constituição que não são, na verdade, merecedoras do *status* peculiar aos verdadeiros direitos fundamentais, razão pela qual há quem admita até mesmo a sua supressão por meio de uma emenda constitucional.[735] Muito embora não de modo igual, Oscar Vilhena Vieira, em ilumidado ensaio sobre o tema, prefere trilhar caminho similar, ao sustentar, em síntese, que apenas as cláusulas que designa de superconstitucionais (isto é, os princípios – incluindo os direitos fundamentais essenciais – que constituem a reserva de justiça constitucional de um sistema) encontram-se imunes à supressão pela reforma da Constituição, não advogando, de tal sorte, a exclusão prévia de qualquer direito ou princípio do elenco dos limites materiais.[736]

Argumentação similar tem sido adotada, aliás, por outros autores que têm produzido contribuições importantes sobre o tema no âmbito da doutrina nacional. É

[734] Cf. G. J. da Costa e Silva. *Os Limites da Reforma Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 124 e ss. (citação extraída da p. 129).

[735] Este o entendimento de M. G. Ferreira Filho; *in: RDA* nº 202 (1995), p. 16, que, no entanto, reconhece que o art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Constituição abrange todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos individuais e coletivos do art. 5º.

[736] Cf. O . V. Vilhena, *A Constituição e sua Reserva de Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 222 e ss., onde desenvolve seu pensamento, que aqui vai reproduzido em apertadíssima síntese. Registre-se, contudo, que o ilustre jurista não exclui os direitos sociais da proteção contra eventuais reformas, notadamente quando estiverem em causa os direitos sociais básicos, tais como os direitos à alimentação, moradia e educação, já que "essenciais à realização da igualdade e da dignidade entre os cidadãos." (ob. cit., p. 321).

o caso, por exemplo, de Rodrigo Brandão[737] e Luísa Cristina Pinto e Netto,[738] que, ressalvadas importantes distinções entre o enfoque das respectivas abordagens, inclusive no que diz com as questões vinculadas ao tópico ora versado, embora, importa destacar, não tenham adotado na sua integralidade a tese advogada por Oscar Vilhena Vieira, privilegiam o que se poderia dizer de uma concepção intermediária e fortemente vinculada a uma concepção material de direitos fundamentais. Com efeito, ambos os autores, ao sustentarem – neste ponto com razão – que a função dos limites materiais é a proteção da identidade constitucional, e, portanto, do sistema dos direitos fundamentais e seu núcleo essencial como um todo, proteção essa que, em termos gerais, abrange os direitos fundamentais sociais, admitem, todavia, que direitos sociais assegurados por dispositivos constitucionais isolados possam ser eventualmente não apenas restringidos (com o que se concorda, já que, em princípio, direitos fundamentais são passíveis de restrição mesmo por lei ordinária e até em hipóteses onde sequer há autorização constitucional expressa para tanto), mas até suprimidos, designadamente – é preciso enfatizar esse aspecto – quando não guardam relação direta com a dignidade da pessoa humana e outros valores materialmente fundamentais, como a igualdade, a liberdade, a democracia, entre outros.

No nosso sentir, em que pese o cunho sedutor de tal linha argumentativa, tal tese apenas poderia prevalecer caso partíssemos da premissa de que existem direitos apenas formalmente fundamentais e que estes (justamente por serem fundamentais em sentido meramente formal, poderiam ser suprimidos da Constituição), o que não corresponde, consoante já assinalado, à concepção majoritária no âmbito da doutrina, de acordo com a qual todos os direitos fundamentais o são, tanto no sentido formal, quanto no material. De qualquer modo, é de questionar-se a possibilidade de qualquer um dos poderes constituídos decidir qual direito é, ou não, formal e materialmente fundamental, decisão essa que, em última análise, importaria numa afronta à vontade do Poder Constituinte, que, salvo melhor juízo, detém o privilégio de deliberar sobre o que é, ou não, fundamental. Além disso, correr-se-ia o sério risco de eliminar direitos "autenticamente" fundamentais, (inclusive direitos previstos no art. 5º da Constituição) circunstância que, por si só, desrecomenda a adoção deste ponto de vista.

Ainda nesse contexto, cumpre relembrar que a função precípua das assim denominadas "cláusulas pétreas" é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, nesse sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isto se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF). Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do art. 60, § 4º,

[737] Cf. amplamente desenvolvido em R. Brandão, *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[738] Cf. L. C. Pinto e Netto, *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*, p. 189, em passagem que sintetiza sua posição a respeito, refere que os direitos sociais, embora protegidos em face do poder de reforma constitucional, "não são total e irrestritamente imunes à sua atuação, mas, na medida em que sua supressão ou alteração comprometa a identidade constitucional, desconfigurando o sistema de direitos fundamentais, comprometa a promoção da dignidade da pessoa humana, a socialidade, a igualdade material, estes direitos, como limites materiais à revisão constitucional, repelem-na, expressando, com a sua resistência, com a sua natureza de trunfos contra a maioria, uma tendência contramajoritária".

inc. IV, da CF não nos parece ser a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocamente integram o cerne da nossa ordem constitucional.

Reforçando a nossa própria argumentação, é preciso levar em conta que a circunstância de que os limites materiais à reforma constitucional têm por função principal a preservação da identidade da ordem constitucional, ou seja, os seus elementos essenciais, não se pode confundir com a noção de que cada direitos fundamental expressa e implicitamente positivado tem um núcleo essencial que, embora não se confunda necessariamente com um conteúdo em dignidade da pessoa humana (visto ser diferenciada, como já visto, a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais), se encontra necessariamente protegido contra uma afetação pelos poderes constituídos. De outra parte, cada direito fundamental (por ser fundamental precisamente em função da opção nesse sentido tomada pelo Constituinte e não necessariamente pela sua vinculação direta com a dignidade da pessoa humana!) acaba, portanto, sendo parte integrante da identidade do sistema constitucional, o que, reitera-se, não impede ajustes e restrições, mas impede a supressão de direitos fundamentais como tais consagrados pelo Constituinte.

Tudo isso aponta para a circunstância de que os direitos fundamentais, expressa e/ou implicitamente reconhecidos pelo Constituinte de 1988, estejam situados no Título II ou em outras partes do texto constitucional, constituem sempre limites materiais expressos ou implícitos (subentendidos no sistema constitucional).[739] Quando referimos o argumento da titularidade individual, também sempre estivemos sustentando (embora se possa reconhecer a falta de maior explicitação desse aspecto) – notadamente quando nos reportamos à proteção da identidade constitucional e outros argumentos – que os direitos e garantias individuais abrangem os direitos sociais e demais direitos fundamentais, de tal sorte que não há divergência efetiva entre os que sustentam a tese de que os direitos sociais (ou mesmo outros não constantes do artigo 5º da Constituição) representam, em verdade, limites implícitos ao poder de reforma constitucional. Convém recordar, nesta quadra, que os próprios direitos designados como individuais, vinham sendo reconhecidos como "cláusulas pétreas" no sistema constitucional anterior, onde não integravam (tal como a República, por exemplo) o elenco dos limites materiais expressos.

Por certo, não há como negar que uma interpretação restritiva das "cláusulas pétreas" tem por objetivo impedir uma petrificação de toda a Constituição, o que não pode prevalecer diante de uma exegese sistemática, que tenha sempre presente a necessidade de preservar os seus elementos essenciais, insuscetíveis de supressão ou esvaziamento (hipóteses que se equivalem) pela atuação do poder de reforma constitucional.[740] Constituindo os direitos sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por

[739] Nesse sentido, v., por último, F. S. Bedê, "Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador", *in*: P. Bonavides, F. G. M. de Lima; F.S. Bedê (Coords.), *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006, especialmente p. 99 e ss.

[740] Bem sustentando uma exegese extensiva, notadamente no que diz com a abrangência do elenco dos limites materiais à reforma (já que tal modo de interpretação fortalece a proteção dos direitos fundamentais contra a atuação do poder constituinte reformador, além de afirmar o princípio da estabilidade ínsito a cada Constituição), v. a contribuição de C. A . Britto, "A Constituição Federal e o Monitoramento de suas Emendas", *in*: P. Modesto e O . Mendonça (Coord.), *Direito do Estado – Novos Rumos*, Tomo 1, p. 66.

evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das "cláusulas pétreas". Quanto ao risco de uma indesejável galvanização da Constituição, é preciso considerar que apenas uma efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, não se vislumbrando qualquer obstáculo à sua eventual adaptação às exigências de um mundo em constante transformação.

4.3.4.3. Alcance da proteção outorgada aos direitos fundamentais

À luz do que até agora foi exposto, percebe-se que, também no que diz com os direitos fundamentais, a proteção a estes outorgada pelo Constituinte, incluindo-os no rol das "cláusulas pétreas", não alcança as dimensões de uma absoluta intangibilidade, já que apenas uma abolição (efetiva ou tendencial) se encontra vedada. Também aos direitos fundamentais se aplica a já referida tese da preservação de seu núcleo essencial, razão pela qual até mesmo eventuais restrições, desde que não invasivas do cerne do direito fundamental, podem ser toleradas.[741] Que tal circunstância apenas pode ser aferida à luz do caso concreto e considerando as peculiaridades de cada direito fundamental parece não causar maior controvérsia. Assim, constata-se, desde logo, que não há como determinar em abstrato, para todos os direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais, destacando-se, ainda, que tal proteção há que ser diferenciada, dependendo do direito fundamental que estiver em causa.[742]

Inicialmente, consideramos oportuna a lembrança de que também o princípio da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF) integra o rol das "cláusulas pétreas", razão pela qual – também entre nós – é possível sustentar o ponto de vista de que em hipótese alguma poderá ser esvaziada esta força jurídica privilegiada peculiar aos direitos fundamentais, sob pena de vir a ser colocada em risco sua própria fundamentalidade.[743] Já no que diz com a determinação do núcleo essencial dos direitos fundamentais identificam-se alguns aspectos carentes de elucidação. Registre-se, nesse contexto, que a Constituição de 1988 não enunciou qualquer parâmetro que possa indicar o caminho a ser seguido, a não ser a impossibilidade de eliminação ou tendencial abolição do direito fundamental. Nesse sentido, consideramos oportuna a menção ao exemplo fornecido pela Lei Fundamental da Alemanha, que nos poderá ser útil no desenvolvimento do tema. Com efeito, verifica-se que nessa paradigmática ordem constitucional, os direitos fundamentais não foram diretamente referidos no art. 79, inc. III ("cláusulas pétreas"), não ficando, contudo, à mercê da atuação do poder de reforma constitucional, já que mediatamente protegidos por meio do princípio

[741] Nesse sentido, igualmente aderindo a esse entendimento e bem consignando que a tese da possível restringibilidade dos direitos fundamentais por meio de emenda constitucional, desde que ressalvado o seu respectivo núcleo essencial, decorre não apenas do teor literal do § 4° do artigo 60 da CF, mas da própria lógica que preside as limitações materiais ao poder de reforma constitucional, v., em especial, o recente contributo de R. Brandão, *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, p. 283.

[742] Nesse sentido, com razão, E. S. Ramos, *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 232, muito embora não se esteja a concordar com a exegese mais restritiva do autor, no que diz com a amplitude das "cláusulas pétreas".

[743] Nesse sentido, cf. K. Stern, *in: Der Staat des GG*, p. 283 e ss., argumentando (com relação ao direito germânico) a impossibilidade de se reduzirem os direitos fundamentais à meras proclamações destituídas de eficácia e vinculatividade.

da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento dos direitos humanos por parte do povo alemão (art. 1°, incs. I e II, da LF).

É, portanto, pelo seu maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana que um direito fundamental, de acordo com o direito constitucional germânico, se encontra imune à ação erosiva ou mesmo supressiva do poder de reforma da Constituição, de tal sorte que intangível não é o direito fundamental em si, mas, sim, o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana.[744] Consoante a oportuna lição de Maunz, os valores da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento dos direitos humanos (art. 1°, incs. I e II, da LF), não se esgotam em si mesmos, manifestando-se em cada direito fundamental na condição de elementos integrantes de seu núcleo material intangível.[745] Para além do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento dos direitos humanos, a Lei Fundamental alemã também erigiu o princípio do Estado democrático e social de Direito à condição de "cláusula pétrea", acabando por fundamentar, também sob esse ângulo, uma proteção mediata dos direitos fundamentais, na qualidade de concretizações e exigências deste princípio, especialmente no que diz com o direito de proteção judiciária (art. 19, inc. IV, da LF), bem como dos diversos direitos fundamentais processuais, direitos de participação política e direitos sociais. Atente-se, contudo, para o fato de que nem todo direito fundamental pode ser considerado elemento essencial (e, portanto, intangível) do princípio do Estado democrático e social de Direito.[746]

Em se levando em conta que a Lei Fundamental da Alemanha consagra também, no âmbito do regime das restrições aos direitos fundamentais, a garantia do núcleo essencial (art. 19, inc. II), sustenta-se que esta, ao contrário do que pretendem alguns, não pode ser confundida com o conteúdo em dignidade da pessoa humana, resultante de uma exegese combinada dos arts. 1°, inc. I, e 79, inc. III, da LF, de tal sorte que, se é possível afirmar que todos os direitos fundamentais contêm um núcleo essencial, nem todos – ao menos de acordo com a doutrina majoritária alemã – podem ser considerados como exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, cuidando-se, portanto, de grandezas independentes entre si, ainda que não isentas de pontos comuns.[747] É por esse motivo que a doutrina alemã majoritária entende que a garantia do núcleo essencial (dirigida tão somente ao legislador infraconstitucional) não se revela idônea para servir de parâmetro à aferição do grau de proteção outorgado pelo art. 79, inc. III, da LF, já que este vincula o poder de reforma da Constituição.[748]

Até que ponto a solução desenvolvida no direito constitucional germânico pode ser transposta para o nosso meio é, no entanto, questão discutível, no mínimo em face da ausência de qualquer dispositivo que expressamente ampare esta alternativa. Parece-nos que, ao utilizar-se das expressões (abolir e tendente a abolir), o Constituinte pátrio efetivamente quis preservar em qualquer hipótese o cerne de cada direito fundamental, independentemente de seu conteúdo em dignidade da pessoa humana.[749] A

[744] Assim também a lição de K. Stern, *in: Der Staat des GG*, p. 290, posição que, aliás, reflete o pensamento dominante no âmbito da doutrina alemã.

[745] Cf. Maunz, *in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 79, p. 17.

[746] Essa a oportuna referência de M. Brenner, *in: Der Staat* n° 32 (1993), p. 503.

[747] Nesse sentido, dentre tantos, Bryde, *in: von Münch III*, p. 235.

[748] Cf. M. Brenner, *in: Der Staat* n° 32 (1993), p. 507.

[749] A respeito da previsão implícita da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais também no que diz com as garantias constitucionais contra a atuação do poder de reforma constitucional (consagrada até mesmo pela

utilização da fórmula do núcleo essencial (ainda que não expressamente consagrada) manifesta sua utilidade não apenas na medida em que revela ser de um manejo mais transparente e flexível, mas também em virtude da fundada dúvida quanto ao conteúdo, em dignidade da pessoa humana, de todos os direitos fundamentais, constantes, ou não, do catálogo. Aliás, é de reconhecer-se que a própria intangibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana não se encontra expressamente enunciada em nossa Constituição, podendo, contudo, sustentar-se o seu enquadramento na seara dos limites materiais implícitos à reforma constitucional, consoante já assinalado. Considerando-se, ao menos em regra, os direitos fundamentais como concretizações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á até mesmo sustentar – ao contrário do que ocorre no constitucionalismo germânico – que este princípio é que acaba sendo assegurado mediante a proteção outorgada aos direitos fundamentais, e não estes por aquele. Cuida-se, no mínimo, de uma influência recíproca e, portanto, de uma via de duas mãos.

Com base no exposto, é de relembrar-se, nesse contexto, a lição de Flávio Novelli, no sentido de que as "cláusulas pétreas", estando a serviço da proteção do "cerne constitucional intangível" (Pontes de Miranda), isto é, do "âmbito nuclear da estatalidade constitucional" (Klaus Stern), repelem toda e qualquer emenda que intente a supressão ou a alteração substancial dos direitos fundamentais ou dos princípios fundamentais da Constituição incluídos no rol dos limites materiais à reforma da Constituição.[750] Por núcleo essencial dos direitos e dos princípios fundamentais estruturantes poderá considerar-se, de acordo com o entendimento de Klaus Stern, recolhido por Flávio Novelli, os elementos que constituem "a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes de sua estrutura e do seu tipo, conforme os define a Constituição", isto é, seus elementos essenciais, e não meramente acidentais.[751] Constata-se, portanto, que não apenas uma emenda constitucional que efetivamente venha a abolir (suprimir) um direito fundamental, mas também alguma que venha a atingi-lo de forma equivalente, tendendo à abolição, isto é, ferindo o seu conteúdo essencial, se encontra inequivocamente vedada pela nossa Constituição.

Tal orientação, pelo menos assim o revela a evolução mais recente, encontra-se afinada com a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal, que, em julgamento ocorrido no dia 08.10.1980, mesmo tendo julgado improcedente a ação, entendeu que a mera ampliação do mandato dos prefeitos por mais de dois anos não poderia ser considerada uma abolição (nem mesmo tendencial) da nossa república, já que o postulado republicano da limitação temporal dos mandatos políticos ficou preservado, de tal sorte que também aqui transparece a ideia de que o objeto da proteção (e, nesse sentido, da intangibilidade) é o conteúdo essencial do direito (princípio) fundamental.[752] No mesmo sentido, já na vigência da Constituição de 1988, o Supremo

redação do artigo 60, § 4°, da Constituição de 1988), v., entre nós, M. I. Aranha, "Conteúdo Essencial das Cláusulas Pétreas", *in: Notícia do Direito Brasileiro* – Nova Série, n° 7, 2000, p. 398 e ss., estribado essencialmente nas lições paradigmáticas de Peter Häberle sobre o tema.

[750] Cf. F. B. Novelli, *in: RF* n° 330 (1995), p. 79-81.

[751] Cf. F. B. Novelli, *in: RF* n° 330 (1995), p. 82.

[752] Cf. voto do Ministro Moreira Alves, *in: Revista Trimestral de Jurisprudência* n° 99 (1980), p. 1040-1, consignando-se que com isso não se está a adentrar no mérito (sem dúvida controversa) da motivações subjacentes à decisão colacionada.

Tribunal Federal, manifestando-se sobre a constitucionalidade de emenda versando sobre a reforma previdenciária, entendeu que a forma federativa de Estado, elevada à condição de princípio intangível por todas as Constituições brasileiras, não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas sim, aquele concretamente adotado pelo Constituinte originário. Para além disso – ainda de acordo com o Supremo Tribunal Federal – as limitações materiais ao poder de reforma constitucional, não significam uma intangibilidade literal, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação é assegurada pelas "cláusulas pétreas".[753]

Que o grau de proteção de cada direito fundamental irá depender, em última análise, da adequada delimitação de seu núcleo essencial parece-nos inquestionável. Da mesma forma, haverá que se ter por incontroversa a inevitável diferenciação decorrente das especifidades de cada direito fundamental, de modo especial no que diz com o seu âmbito de proteção. Se tais conclusões já se impõem relativamente aos direitos de defesa, com maior razão ainda se poderá sustentar tal ponto de vista no âmbito dos direitos a prestações, no qual a delimitação de seu núcleo essencial e de seu âmbito de proteção se revela, de modo geral, particularmente problemática. Assim, não há como desconsiderar as características dos direitos prestacionais na difícil empreitada de definir o seu grau de proteção contra a atuação do poder de reforma constitucional, o que, além disso, deverá ser feito à luz de alguns exemplos recolhidos em nossa Constituição. Atente-se, ainda, para o fato de que todos os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos de defesa – em que pese sua expressa inclusão no capítulo dos direitos sociais ou políticos – se sujeitam aos mesmos parâmetros aplicáveis àqueles.

Se tomarmos, por exemplo, o direito à assistência social (arts. 6º e 203 da CF) e o direito à educação (arts. 6º e 205 até 208 da CF), verificaremos que a busca de seu núcleo essencial intangível nos remete a uma série de questionamentos. No caso do direito à assistência social, já concretizado pelo legislador infraconstitucional, é possível sustentar, ao menos como regra geral, que o reconhecimento de um direito subjetivo individual apenas será admissível com base nos critérios estabelecidos pela lei, sem prejuízo dos diversos efeitos de natureza jurídico-objetiva diretamente decorrentes da Constituição. Considerando-se que o poder de reforma constitucional apenas estabelece limites para restrições ao nível da Constituição (em que uma abolição efetiva ou tendencial se encontra vedada), remanesce a pergunta de qual o limite a que se encontra sujeito o legislador infraconstitucional caso venha a intervir neste direito fundamental legalmente concretizado. Que o legislador deverá respeitar, pelo menos, os mesmos limites fixados para o poder de reforma constitucional é inquestionável. No mais, aplicar-se-ão, em se tratando de uma ingerência por parte do legislador infraconstitucional, os princípios relativos ao regime das restrições

[753] Cf. julgamento na ADI – 2024/DF, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Nesse sentido, v. também, a contribuição de D. Sarmento, "Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e a Reforma Previdenciária", *in: A Reforma da Previdência Social*, p. 36 e ss., comungando da posição aqui sustentada. Mais recentemente, v. A. S. Pedra, *A Constituição Viva*, p. 115, em alentada obra sobre o tema do Poder Constituinte e sobre a reforma constitucional, assim como L. F. C. de Freitas, *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 193. Vale conferir, ainda, a análise das principais decisões do STF elaborada por V. O. da Silveira, *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988*, p. 141 e ss., bem como, bem explorando a discussão da jurisprudência do STF no marco dos limites aos limites dos direitos fundamentais, o alentado e significativo contributo de R. Brandão, *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, p. 285 e ss.

legislativas aos direitos fundamentais, tema que, conforme anunciado, não será objeto de análise neste trabalho.

Retornemos, porém, à indagação a respeito de qual o conteúdo essencial do direito à assistência social. A resposta deverá ser extraída direta ou indiretamente da norma que consagrou este direito fundamental ao nível da Constituição. Assim, poder-se-á afirmar, a título de sugestão, que, no caso específico do direito à assistência social, pela sua inequívoca vinculação com a garantia das condições materiais mínimas existenciais, este critério poderia servir como fronteira demarcatória do conteúdo essencial (mínimo) deste direito fundamental, solução que, aliás, se revela pertinente para outros direitos fundamentais sociais prestacionais (salário mínimo, previdência social etc.). Deixar a definição do núcleo essencial completamente ao alvedrio do legislador, na condição de órgão concretizador, extraindo da lei, e não da Constituição, os elementos caracterizadores do cerne do direito fundamental, não nos parece ser a solução mais adequada, até porque tal entendimento estaria outorgando à lei no mínimo uma posição equivalente à Constituição. Não se deve perder de vista, em qualquer hipótese, o fato de que mesmo um direito fundamental concretizado pelo legislador ordinário é reconhecido e assegurado diretamente pela Constituição, de tal sorte que o legislador apenas exerce a competência que lhe foi outorgada pelo Constituinte, no sentido de concretizar o direito fundamental consagrado na Lei Fundamental. Ainda que o legislador infraconstitucional disponha de liberdade relativamente ampla de conformação (que deverá ser analisada à luz de cada direito fundamental), não se poderá sustentar que esta abrange a prerrogativa de suprimir completamente o direito fundamental legalmente concretizado. Atente-se a que não se cuida da realização legislativa de uma cláusula geral (mesmo assim sujeita a certos limites), como constitui o princípio do Estado social de Direito, mas, sim, de direitos fundamentais específicos, mais ou menos definidos ao nível da Constituição, que vinculam todos os poderes constituídos. Em se tratando, todavia, de matéria mais propriamente vinculada à problemática da proibição de retrocesso, é nesse contexto que deveremos dispensar maior atenção ao tema.

Já no que concerne ao direito à educação (outro exemplo de direito social prestacional abordado no âmbito desta investigação), o problema da fixação de seu núcleo essencial manifesta-se com particular agudeza, já que este direito fundamental, consoante já demonstrado, se encontra previsto em diversos dispositivos constitucionais, constituindo, em verdade, um complexo de posições jurídicas fundamentais da mais variada natureza. De tal circunstância resulta a necessidade de delimitar-se o alcance das reformas constitucionais no âmbito de cada norma especificamente considerada. Assim, deverá buscar-se o núcleo essencial da autonomia universitária (art. 207 da CF), ou mesmo da liberdade de ensinar e aprender (art. 206, inc. II, da CF). No âmbito de um direito à prestação do ensino público gratuito, verificou-se a possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo individual ao ensino fundamental obrigatório gratuito em estabelecimentos oficiais de ensino, que, situando-se já num patamar mínimo em termos de exigências sociais, certamente não poderá ser suprimido ou restringido, nem por meio de uma emenda à Constituição, muito menos por lei, o que, no entanto, não nos parece possível sustentar – ao menos não com tanta convicção – relativamente a um direito de acesso ao ensino médio e superior, ainda que concretizado pelo legislador.

Para além dos exemplos citados, não se poderão negligenciar as hipóteses em que o direito fundamental prestacional se encontra inequivocamente consagrado em norma de cunho programático, isto é, que enuncie programas, fins e tarefas a serem implementados pelos poderes públicos, ou mesmo em normas de cunho impositivo em sentido estrito, as quais contêm uma ordem mais ou menos concreta dirigida precipuamente ao legislador. Em face do relativamente alto grau de indeterminação destas normas, ainda mais quando não concretizadas legislativamente, a determinação do conteúdo essencial destes direitos fundamentais revela-se especialmente problemática. Quando estivermos diante de um direito fundamental a prestações já concretizado em nível infraconstitucional, parece-nos que o limite do conteúdo essencial deverá ser interpretado no sentido dos elementos essenciais do nível prestacional legislativamente definido, entendimento que nos conduz diretamente ao já anunciado problema da proibição de um retrocesso social, que será analisada logo a seguir.

4.4. Direitos fundamentais e proibição de retrocesso

4.4.1. Considerações preliminares

Antes mesmo de investirmos nos contornos conceituais do que aqui entendemos por proibição de retrocesso (embora já tenhamos lançado uma pista ao referirmos, no título deste item, a proteção dos direitos fundamentais contra o legislador) não há como deixar de consignar que, em termos gerais, também no presente contexto importa ter sempre presente a premissa de que a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. Assim, convém relembrar que, havendo (ou não) menção expressa no âmbito do direito positivo a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio *e num certo sentido* – um Estado da segurança jurídica,[754] já que, do contrário, também o "governo das leis" (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.[755] Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional, como dão conta as diversas manifestações deste princípio nos diferentes documentos supranacionais.

Que o direito à segurança jurídica, por sua vez, constitui apenas uma das dimensões de um direito geral à segurança, já que este, para além da segurança jurídica, abrange um direito à segurança pessoal e social, mas também um direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares – violadores dos diversos direitos pessoais, igualmente parece evidente. Tal constatação, deflui tanto de uma série de previsões expressas e específicas no texto constitucional brasileiro (despontando aqui a formulação genérica adotada pelo nosso Constituinte no artigo 5°, *caput*, da Constituição Federal de 1988), quanto do reconhecimento de deveres gerais e especiais de proteção que resultam diretamente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na condição de expressões de uma ordem de valores comunitária e que, pelo ângulo subjetivo, levou expressiva parte da doutrina a reconhecer a existência de correspondentes direitos à proteção, que já foram objeto de extensa análise nesta obra.

De outra parte, retornando aqui à noção mais estrita de segurança jurídica, segue atual a lição de Celso Bandeira de Mello no sentido de que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano,[756] viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, de tal sorte que desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica se encontra umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana. Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade.[757] Ademais,

[754] Não é por nada que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em recentíssimo julgado, reiterou o seu já consagrado entendimento sufragando a ideia de que a segurança jurídica constitui um dos elementos nucleares do princípio do Estado de Direito, no sentido de que o particular encontra-se protegido contra leis retroativas que afetem os seus direitos adquiridos, evitando assim que venha a ter frustrada a sua confiança na ordem jurídica, já que segurança jurídica significa, em primeira linha, proteção de confiança, que, por sua vez, possui hierarquia constitucional (BverfGE=Coletânea Oficial das Decisões do Tribunal Constitucional Federal, vol. 105, 2002, p. 57). Entre nós, vale destacar a sempre abalizada lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 112 e ss., sinalando que, a despeito de não poder ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico, o princípio da segurança jurídica "é, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo."

[755] Cfr., dentre tantos, as contribuições de José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 252 e ss.; Helmuth Schulze-Fielitz, "Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips", *in*: Horst Dreier (Org.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, p. 184 e ss., bem como Michael Sachs, "Das Rechtsstaatsprinzip", *in*: Michael Sachs (Org.), *Grundgesetz Kommentar*, p. 641 e ss. Entre nós, v. o já lembrado Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 112 e ss., assim como os estudos de A. do Couto e Silva, "O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n° 9.784/99), *in*: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 237, jul./set. 2004 e a recente tese de doutoramento de R. Maffini, *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. No âmbito da produção monográfica dedicada ao tema no Brasil, v. em especial as alentadas e ricas (para além de se tratar de miradas diferenciadas sobre a matéria) de H. T. Torres, *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, e H. B. Ávila, *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, 2011

[756] Cfr. bem lembra Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 113.

[757] Convém não esquecer que, para Immanuel Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, p. 134 e ss., a pessoa humana constitui um fim em si mesma e, portanto, não pode ser empregada como simples meio da vontade própria e alheia. Assim, desde logo verifica-se que, na concepção de Kant (largamente incorporada ao pensamento filosófico, político e jurídico contemporâneo) a coisificação e instrumentalização da pessoa humana encontra-se desde logo vedada, ainda que – consoante oportuna lembrança de Ronald Dworkin, *El domínio de la vida. Uma discusión acerca Del aborto, la eutanásia y la libertad individual*, p. 310, isto não signifique que em hipótese alguma as pessoas não possam ser colocadas em alguma situação de desvantagem.

há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais tem sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.[758] Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade,[759] evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.

Que – situando a questão no contexto da segurança jurídica – resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é essa a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional (consoante já analisado), seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido "batizada" pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso[760] e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo.

4.4.2. A problemática da proibição de retrocesso e suas diversas manifestações

Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, constata-se, desde logo, que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, também já consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas dimensões.[761] Desde logo se verifica que a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais já dão conta de o quanto a questão – também entre nós – já foi objeto de previsão no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência. Da mesma forma, a

[758] Aqui vale colacionar a lição de Dominique Rousseau, *les libertes individuelles et la dignité de la personne*, p. 70, ao referir que os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência por meio da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza e torna efetiva se não pelos direitos fundamentais.

[759] Convém lembrar aqui não existir uma necessária convergência entre o conteúdo em dignidade da pessoa e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, já que a garantia do núcleo essencial (que possui uma função autônoma) pode ir até mesmo além da proteção assegurada pelo conteúdo em dignidade da pessoa, dependendo do direito fundamental que estiver em causa.

[760] Cfr., a respeito da multiplicidade na esfera terminológica, José Vicente dos Santos Mendonça," Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo", *in*: Gustavo Binenbojm (Coord.), *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII (Direitos Fundamentais)*, p. 218.

[761] Registra-se, desde logo, ser correta, quanto a este ponto, a afirmação de J. P. da Silva, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, p. 261 , quando aponta para a diversidade de termos e a imprecisão conceitual na seara da proibição de retrocesso.

proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte, como visto no capítulo sobre a reforma constitucional. Ambas as constelações referidas, todavia, em que pese a sua relevância e a despeito de abarcarem expressiva parcela das situações envolvendo a problemática de medidas retrocessivas do poder público (especialmente, mas não exclusivamente na esfera legislativa), não esgotam o espectro de situações carentes de uma proteção em face de um retrocesso, notadamente a que aqui iremos desenvolver, tal como já anunciado.

De fato, na esteira do que tem sido reconhecido na seara do direito constitucional alienígena e, de modo particular, em face do que tem sido experimentado no âmbito da prática normativa (muito embora não exclusivamente nesta esfera), cada vez mais constata-se a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular, ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores. Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos.[762] Basta lembrar aqui da hipótese – talvez a mais comum em se considerando as referências feitas na doutrina e jurisprudência – da concretização pelo legislador infraconstitucional do conteúdo e da proteção dos direitos sociais, especialmente (mas não exclusivamente) na sua dimensão positiva, o que nos remete diretamente à noção de que o conteúdo essencial dos direitos sociais deverá ser interpretado (também!) no sentido dos elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no já anunciado problema da proibição de um retrocesso social.

Em suma, a questão central que se coloca nesse contexto específico da proibição de retrocesso é a de saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo Constituinte – por exemplo, no artigo 3º da Constituição de 1988 – no âmbito das normas de cunho programático (ou impositivo, se preferirmos esta terminologia[763]) ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional.

Não se poderá, contudo, confundir o problema da concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais – em que pesem suas inequívocas similitudes e seus

[762] Nesse sentido, aderindo ao entendimento aqui adotado, v., mais recentemente, F. Pansieri, *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais*. op. cit., p. 180, referindo uma "dimensão prospectiva" da proibição de retrocesso.

[763] Desde logo, para espancar toda e qualquer incompreensão, reiteramos aqui nossa poisção no sentido de que o reconhecimento da existência de normas de cunho programático (nas suas diversas manifestações) em hipótese alguma significa que estas normas sejam destituídas de eficácia, sendo, ademais, sempre imediatamente – portanto, diretamente – aplicáveis na medida da sua eficácia. Assim, também a recepção da distinção entre normas de eficácia plena e limitada (categoria na qual se enquadram, em princípio, as normas de cunho programático) se deve ao fato de existirem diferenças consideráveis no concernente às "cargas eficaciais" das normas constitucionais, no sentido de que estas – ainda que tenham sempre eficácia e aplicabilidade (direta) – poderão não gerar sempre os mesmos efeitos ou, pelo menos, não na mesma extensão.

aspectos comuns – com o da manutenção dos níveis gerais de proteção social alcançados no âmbito do Estado Social, já que esta problemática abrange toda e qualquer forma de redução das conquistas sociais, mesmo quando realizadas única e exclusivamente no plano da legislação infraconstitucional densificadora do princípio da Justiça e do Estado Social que, paralelamente com o princípio do Estado de Direito e com o princípio democrático, encontrou ampla e expressa guarida na nossa Constituição (bastaria aqui apontar para os fundamentos e objetivos da nossa República, tal como enunciados nos artigos 1° a 3° da nossa Lei Fundamental).

Nesse contexto, poder-se-ia indagar a respeito da possibilidade de desmontar-se, parcial ou totalmente (e mesmo com efeitos prospectivos), o sistema de seguridade social (incluindo os parcos benefícios no âmbito da assistência social e os serviços e prestações assegurados no âmbito do nosso precário Sistema Único de Saúde), o acesso ao ensino público e gratuito, a flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores, entre tantas outras hipóteses que aqui poderiam ser referidas a título ilustrativo e que bem demonstra o quanto tal problemática nos é próxima e está constantemente na ordem do dia.

Desde logo, à vista do que foi colocado, nos parece dispensar maiores considerações o quanto medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas (embora também) sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo. Para além disso, percebe-se nitidamente a amplitude e complexidade da temática[764] relativa a uma proibição de retrocesso especialmente (embora não exclusivamente) no âmbito daquilo nesta obra designamos como sendo uma "eficácia protetiva" dos direitos fundamentais.

Vale relevar aqui, portanto, que não estamos diante de um fenômeno que se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais[765] (o que, considerando uma acepção ampla da proibição de retrocesso, já deflui da já referida proteção outorgada aos direitos adquiridos em geral e à proteção com base nas assim denominadas cláusulas pétreas" da Constituição) igualmente merece destaque. As diversas possibilidades que envolvem uma noção abrangente de proibição de retrocesso encontram na seara do direito ambiental uma importante e peculiar manifestação, de tal sorte que se poderá falar aqui – como acentua Carlos Alberto Molinaro – em um princípio de vedação da retrogradação, já que o direito ambiental cuida justamente da proteção e promoção dos bens ambientais, especialmente no sentido de impedir a degradação do meio ambiente, o que corresponde, por sua vez, a uma perspectiva evolucionista (e não involucionista) da vida.[766]

Todavia, também há que reconhecer – até mesmo em face dos exemplos citados em caráter especulativo no parágrafo anterior – que é na seara das normas que estabelecem objetivos na seara da justiça social e, acima de tudo, dos direitos fundamentais sociais, que a problemática tem alcançado a sua maior repercussão e onde

[764] Dentre a doutrina pátria mais recente, v. a contribuição de José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo*, p. 205 e ss., ao referir tanto a ausência de uniformidade terminológica no âmbito da doutrina, quanto ao destacar, ainda que com base em outro critério do que o aqui adotado, algumas das diversas e possíveis acepções da problemática (especialmente p. 218 e ss.).

[765] Nesse sentido, v. também L. F. C. Freitas, *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 216, nota de rodapé n° 790.

[766] Cf. C. A. Molinaro, *Direito Ambiental. Proibição de Retrocesso*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, especialmente p. 91 e ss.

também nós – tal como anunciado – iremos centrar a nossa atenção, notadamente na fundamentação e alcance de uma proibição do retrocesso no direito brasileiro. Antes, contudo, de enveredarmos de vez por todas por este caminho, pelo menos algumas palavras sobre a efetiva possibilidade de se admitir, à luz do direito constitucional positivo pátrio, uma proteção contra o retrocesso na acepção mais limitada aqui enfocada e que, para efeitos de uma delimitação em relação às demais dimensões referidas, designaremos de proibição de retrocesso em sentido estrito e que, da mesma forma como foi proposto por José Vicente Mendonça, será analisada pelo prisma da dogmática jurídico-constitucional.[767]

4.4.3. Fundamentação jurídico-constitucional de uma proibição de retrocesso, especialmente em matéria de direitos sociais

4.4.3.1. Algumas premissas para a análise

Que também entre nós a crescente insegurança no âmbito da segurança social (aqui tomada em sentido amplo) decorre de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em se cuidando de sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade,[768] revela, por sua vez, o quanto assume relevo a discussão em torno dos níveis possíveis de preservação (e, portanto, de proteção) das precárias conquistas sociais já alcançadas. Assim, também nós podemos (e devemos) nos perguntar o quão segura é (e pode ser), afinal de contas, a segurança social.[769] Que tal questionamento, como já anunciado, diz de perto com a problemática da segurança jurídica e com a garantia (e garantia é segurança) de uma existência digna para todos, igualmente dispensa aqui maiores comentários. Ainda que o entendimento dominante pareça ser mesmo o de que uma supressão pura e simples dos sistemas de seguridade social, sem qualquer tipo de compensação, não é, em princípio, admissível, não tendo sequer sido seriamente defendida (pelo menos não abertamente e salvo exceções), a problemática relativa à proteção constitucional das conquistas na esfera da justiça social permanece no centro das atenções.[770] Em outras palavras, cuida-se de investigar se, como e em

[767] Cfr. José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação de retrocesso: o que é e como perder o medo*, p. 218 e ss. , que faz referência a outras possíveis acepções da proibição de retrocesso. Registre-se que a nossa concepção de proibição de retrocesso em sentido estrito, embora próxima, não coincide exatamente com o entendimento adotado pelo ilustre Procurador da República citado, já que este restringe a proibição de retrocesso em sentido estrito à seara dos direitos sociais. No nosso entender, a proibição de retrocesso em sentido estrito não se manifesta apenas na esfera dos direitos fundamentais sociais (ou das normas programáticas em matéria de justiça social em geral) mas diz com a possibilidade de limitar a autorreversibilidade de medidas do poder público que tenham concretizado direitos fundamentais em geral, ainda que o problema tenha indubitavelmente maior relevância no campo dos direitos sociais e que este tenha sido o enfoque priorizado neste estudo.

[768] Cf., entre outros, Bernd Schulte, "Wie sicher ist die soziale Sicherung? International-vergleichende Perspektive", *in*: B. Riedmüller/M. Rodenstein (Org), *Wie sicher ist die soziale Sicherheit?*, p. 323-4. Sobre as causas da crise v. também Pierre Rosanvallon, *A Crise do Estado-Providência*, p. 13 e ss.

[769] Esta mesma pergunta constitui precisamente o título de uma das obras aqui citadas, notadamente Bernd Riedmüller/Martin Rodenstein (Org.), *Wie sicher ist die soziale Sicherheit?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

[770] A esse respeito v. Eberhard Eichenhofer, "Der verfassungsrechtliche Schutz von sozialversicherungsrechtlichen Anrechten *in* der Bundesrepublik Deutschland, Italien und den USA", *in: ZIAS* 1988, p. 239 e ss.; Otto Depenheuer, "Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente? – vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff", *in*: *AÖR* n° 120 (1995), p. 417 e ss.; Karl Jürgen Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1997. Na literatura em língua portuguesa encontramos, posicionando-se favoravelmente a uma vedação pelo menos relativa de retrocesso na esfera social, especialmente José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 320 e ss.

que medida os direitos fundamentais sociais e, de modo geral, os sistemas de proteção social no âmbito da concretização dos direitos sociais e do princípio fundamental da justiça social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições.[771]

Convém relembrar o leitor[772] de que, ao mesmo tempo em que a discussão em torno da redução (e até mesmo do desmonte completo) do Estado social de Direito e dos direitos sociais que lhe são inerentes apresenta proporções mundiais, não há como desconsiderar que as dimensões da crise e as respostas reclamadas em cada Estado individualmente considerado são inexoravelmente diversas, ainda que se possam constatar pontos comuns. Diferenciadas são, por outro lado, as soluções encontradas por cada ordem jurídica para enfrentar o problema, diferenças que não se limitam à esfera da natureza dos instrumentos, mas que abrangem, de modo especial, a intensidade da proteção outorgada por estes aos sistemas de seguridade social, o que, à evidência, não poderá deixar de ser considerado nas linhas que se seguem, de tal sorte que também a temática da proibição de retrocesso reclama um tratamento constitucionalmente adequado. Tal enfoque – necessariamente diferenciado e contextualizado – assume feições ainda mais emergenciais quando nos damos conta que a Constituição Brasileira insere-se num ambiente significativamente diverso do constitucionalismo europeu, onde estamos vivenciando inclusive o surgimento de uma Constituição Europeia, além de ter (ainda) um caráter marcadamente compromissário e dirigente, o que, somado ao fato – bem lembrado por Lenio Streck – de que as promessas da modernidade entre nós sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado democrático (e social) de Direito brasileiro, na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro,[773] torna a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais absolutamente obrigatória e inadiável. Antes, contudo, de investirmos numa proposta nacional e constitucionalmente adequada, vale lançar um breve olhar sobre em direção a outras experiências.

[771] Note-se que a proteção contra eventual retrocesso, mesmo no campo dos direitos fundamentais, também não abrange apenas os direitos de cunho prestacional (positivo) embora nesta esfera seja mais usual e possivelmente mais impactante no que diz com as suas consequências, mas também alcança a proteção de outros direitos sociais, bastando aqui referir os direitos dos trabalhadores (boa parte dos quais são, em primeira linha, direitos de defesa [negativos]).

[772] Reportamo-nos aqui às considerações tecidas em nosso estudo anterior sobre o tema ("O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade", *in*: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 17, 1999, p. 111 e ss.), no qual, contudo, centramos a nossa atenção na apresentação da "solução" germânica, com algumas considerações juscomparativas.

[773] Nesse contexto, insere-se a (entre nós) célebre discussão a respeito da "sobrevivência" do constitucionalismo dirigente, tal qual sustentado, originariamente, pelo ilustre publicista de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho (na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982), justamente em função da revisão crítica levada a efeito pelo próprio Gomes Canotilho em diversos trabalhos mais recentes, especialmente a contar da década de 1990, no que diz com as premissas basilares de sua antiga tese, bastando aqui remeter o leitor ao prefácio redigido para a segunda edição da obra ora citada. Não sendo o caso de adentrar aqui esta controvérsia, o que se verifica é que as mudanças no âmbito do pensamento do Professor Gomes Canotilho sem dúvida devem ser enquadradas no seu devido contexto, já que nem o texto da Constituição Portuguesa de 1976 guarda o mesmo perfil revolucionário e dirigente que lhe foi originariamente atribuído, já que objeto de várias e relativamente profundas revisões, notadamente em face da inserção de Portugal na União Europeia e, portanto, seu enquadramento em uma ordem jurídica supranacional. Por isso também nós – embora não de modo necessariamente coincidente com o de outros autores – seguimos sustentando que o paradigma da Constituição dirigente ainda cumpre um relevante papel no âmbito do constitucionalismo pátrio e apresenta – mesmo hoje (e talvez por isso mesmo) – todo um potencial a ser explorado. A respeito dessa temática, v., ainda, além do indispensável contributo de Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, especialmente p. 106 e ss., também as lições de Gilberto Bercovici, "A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", *in*: *Revista de Informação Legislativa*, nº 142, Brasília: Senado Federal, abril/junho de 1999, p. 35-51, assim como a oportuna coletânea organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, obra que reúne aportes de diversos autores nacionais e retrata uma discussão sobre o tema travada com o próprio Gomes Canotilho.

4.4.3.2. Um olhar sobre o direito estrangeiro: breve apresentação das experiências portuguesa e alemã em matéria de proibição de retrocesso

Em termos gerais, constata-se, pelo menos no que diz respeito à doutrina e à jurisprudência constitucional europeia continental, uma postura amistosa relativamente ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso social, muito embora não se possa dizer que exista um consenso a respeito desta problemática, notadamente quanto a aspectos pontuais vinculados especialmente ao alcance da proteção das conquistas sociais.[774] No âmbito da doutrina constitucional portuguesa, que tem exercido significativa influência sobre o nosso próprio pensamento, o que se percebe é que, de modo geral, os defensores de uma proibição de retrocesso, dentre os quais merece destaque Gomes Canotilho, sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.[775] Esta proibição de retrocesso, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, nesse contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução.[776]

Essa mesma concepção encontrou acolhida também na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que, já há algum tempo (Acórdão nº 39, de 1984), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com essa revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2 da CRP),[777] posi-

[774] Para uma mirada atualizada e qualificada sobre a teoria e prática da proibição de retrocesso no direito internacional e comparado, com ênfase nos direitos sociais, indispensável a consulta das diversas contribuições que integram a obra organizada por C. Courtis (Comp.) *Ni un paso atrás*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

[775] Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 474-5.

[776] Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do* Legislador, p. 374, entendimento que, neste ponto, não tem sido objeto de maior reformulação em obras posteriores do renomado constitucionalista; Assim também José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131. No mesmo sentido, situa-se o mais recente entendimento de C. M. M. Queiroz, *Direitos Fundamentais*, p. 151-2, bem como do mesmo autor, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 101 e ss.

[777] A respeito desta decisão, v. principalmente José Casalta Nabais, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, *in*: Boletim do Ministério da Justiça nº 400 (1990), p. 40-1, que se refere à estabilidade dos direitos fundamentais sociais legislativamente concretizados, salientando, contudo, que o Tribunal não chegou a posicionar-se expressamente a favor de uma proibição de retrocesso social. Ainda relativamente a esta paradigmática decisão, apontou-se para a circunstância de que o Tribunal apenas considerou vedada a revogação da Lei do Serviço Nacional de Saúde, de tal sorte que tão somente a restauração de uma omissão inconstitucional foi tida como vedada, sustentando-se, nesse contexto, que uma simples redução ou alteração do nível de concretização e realização do direito à saúde teria sido chancelada pelo Tribunal (nesse sentido, v. João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 43).

ção que, em linhas gerais, restou reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer, recentemente, a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei – das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária.[778] Nesse contexto, impõe-se uma referência ao fato de que uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito da proibição de retrocesso social não se faz necessária tão somente quando se cuida da revogação, mas também quando estamos diante de uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.[779] Também na Alemanha, onde, de resto, a doutrina e jurisprudência lusitana encontrou forte inspiração, de há muito existe um elevado grau de consenso a respeito do reconhecimento de algumas manifestações da proibição de retrocesso na esfera da segurança social, destacando-se a expressiva produção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, pelo menos desde o incremento dos ajustes levados a efeito no âmbito da já referida crise do Estado Social.[780]

Muito embora não seja o caso de aqui retomar, em toda a sua amplitude, a discussão a respeito da proibição de retrocesso social na Alemanha, vale destacar que lá, a despeito da ausência de uma proteção expressa até mesmo dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre chancelaram a proteção (ainda que não ilimitada) tanto do direito adquirido como das próprias expectativas de direitos (em que pese com menor intensidade), dimensões que, como já demonstrado, integram uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Além disso, no âmbito de uma jurisprudência tida como referencial, especialmente no que concerne à criatividade da solução, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu, em uma série de decisões, que a garantia da propriedade alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública (com destaque para os direitos a prestações no âmbito da seguridade social legislativamente concretizados), existindo atualmente, a despeito de uma série de críticas, um determinado grau de consenso nesta esfera.[781]

Como bem demonstrou Peter Badura, a partir do conceito funcionalista de propriedade desenvolvido por Martin Wolff ainda na época de Weimar, a garantia da propriedade, para além da proteção da propriedade em termos de direitos reais, alcançou também uma função conservadora de direitos, oferecendo ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos.[782]

[778] Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/2002, de 19.12.2002.

[779] Nesse sentido, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 351, que igualmente se posiciona favoravelmente à proibição de retrocesso social e, de modo mais contundente, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 327.

[780] A respeito do tema v. especialmente e aqui por todos, Rolf-Ulrich Schlencker, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1986, advogando, em monografia considerada referencial, a existência de uma vedação relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais. A respeito da "solução" alemã na matéria v. também o nosso já referido *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, p. 111 e ss.

[781] Cfr. Hans-Jürgen Papier, "Anmerkungen zu Art. 14 GG", *in*: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, p. 77.

[782] Cfr. Peter Badura, "Eigentum", *in*: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Org). *Handbuch des Verfassungsrechts*, p. 347. Registre-se que não adentraremos aqui a discussão (travada especialmente no âmbito da doutrina privatista) em torno de uma concepção funcionalista de propriedade e da gradativa afirmação, pelo menos no âmbito do

O Tribunal Federal Constitucional chancelou esse entendimento, considerando que a proteção por meio da garantia da propriedade tem por pressuposto a circunstância de que ao titular do direito é atribuída uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada e que, no caso de uma supressão sem qualquer compensação, ocorreria uma colisão frontal com o princípio do Estado de Direito,[783] o que, especialmente pela inclusão no âmbito de proteção da garantia da propriedade de direitos patrimoniais na esfera da segurança social, acabou levando a uma ampliação do conceito de propriedade vigente no direito privado, do qual o conceito constitucional de propriedade veio a se despreender quase que completamente.[784]

Todavia, cumpre frisar que nem todos os direitos patrimoniais de natureza pública (inclusive nem todos os direitos sociais) foram considerados protegidos pela garantia da propriedade, já que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, aqui apresentada em apertadíssima síntese, devem estar satisfeitos alguns requisitos: a) à posição jurídica individual (isto é, ao direito subjetivo a prestação social) deve corresponder uma contraprestação pessoal de seu titular, que necessariamente não pode ser irrelevante, de tal sorte que uma equivalência absoluta entre a prestação estatal e a contrapartida pessoal não tem sido considerada indispensável, sendo tido como suficiente que a pretensão do particular não se encontre embasada única e exclusivamente numa prestação unilateral do Estado;[785] b) deve tratar-se de uma posição jurídica de natureza patrimonial, que possa ser tida como de fruição privada para o seu titular, o que ocorre quando o titular do direito pode partir da premissa de que se cuida de uma posição jurídica pessoal, própria e exclusiva, caracterizada por uma essencial disponibilidade por parte de seu titular;[786] c) a prestação deve servir à garantia da existência de seu titular, já que a propriedade também protege as condições necessárias para uma vida autônoma e responsável, especialmente considerando que a maior parte dos cidadãos alcança a sua segurança existencial menos por meio do patrimônio privado imobiliário e/ou mobiliário, do que pelo resultado de seu trabalho e, portanto, por meio de suas posições jurídico-subjetivas patrimoniais.[787]

No âmbito destes três pressupostos e do seu gradativo incremento, bem como da ampliação do conteúdo social da propriedade a eles vinculada,[788] a proteção das posições jurídico-subjetivas patrimoniais de direito público foi consideravelmente enrobustecida, abrangendo a considerável parte das prestações que integram o sistema público de seguridade social (especialmente aposentadorias, pensões, seguro-desem-

direito pátrio, de uma visão que poderíamos designar de existencial da propriedade, como revelam, entre outros, os paradigmáticos estudos de Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999; R. Aronne, *Propriedade e Domínio*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999; e L. E. Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[783] Sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal nesta matéria, v., entre outros, Walter Leisner, "Eigentum", *in*: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VI, p. 1069.

[784] Essa a oportuna lição de Brunn Otto Bryde, "Anmerkungen zu Art. 14 GG", *in*: Ingo von Münch/Philip Kunig, *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, p. 830.

[785] Cfr. *BverfGE* (= Coletânea Oficial das Decisões do Tribunal Constitucional Federal), vol. 69, p. 272, 301.

[786] Cfr. Novamente *BverfGE* vol. 69, p. 272, 300-1.

[787] Cfr. *BVerfGE* vol. 53, p. 257, 294.

[788] Tal incremento do conteúdo social da garantia da propriedade foi bem destacado por Walter Leisner, *in*: *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VI, p. 1070.

prego, seguro contra acidentes de trabalho etc), além de alcançar até mesmo as expectativas de direitos, notadamente aquelas posições que, mediante o implemento de outras condições (por exemplo, um certo prazo de espera e/ou carência) tornam-se plenamente exigíveis.[789] De outra parte, tem sido excluídas da proteção as prestações de cunho reabilitatório e secundário, sem a respectiva contraprestação,[790] assim como prestações discricionárias, que não radicam numa posição jurídica similar à propriedade privada, devendo, portanto, tratar-se de prestações obrigatórias.[791]

A despeito das diversas e relevantes críticas formuladas em relação à solução preconizada pelo Tribunal Constitucional Federal, que aqui não poderão ser rastreadas e discutidas na sua integralidade (destacando-se a objeção de que a proteção por meio da garantia da propriedade é insuficiente, por não abranger uma série de posições jurídicas relevantes na esfera da proteção social, sendo, ademais, demasiado relativa, já que ampla a possibilidade de intervenções na propriedade[792]), bem como considerando a existência de outras formas de proteção contra o retrocesso reconhecidas e desenvolvidas na doutrina e jurisprudência constitucional germânica (como é o caso das alternativas embasadas na proteção de confiança, no princípio da isonomia e na dignidade da pessoa humana),[793] o que importa, nesta quadra da exposição, é a constatação da importância que tem sido atribuída à proibição de retrocesso, mesmo bem além da proteção dos direitos adquiridos, em ordens constitucionais onde inexiste uma expressa previsão de tal proibição e onde – convém frisar esse aspecto – os níveis de proteção social são muito superiores aos nossos. Que também na Alemanha (e, de resto, na esfera europeia) tal proteção não é absoluta voltará ser referido mais adiante por ocasião da análise do caso brasileiro.

4.4.3.3. Algumas objeções em relação ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais

Contra o reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso na esfera das conquistas sociais, costuma esgrimir-se especialmente o argumento de que esta esbarra no fato de que o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontra, de regra, definido ao nível da Constituição, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador, de tal sorte que este deverá dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara, que, por sua vez, engloba a autonomia para voltar atrás no que diz com as próprias decisões, liberdade essa

[789] Nesse sentido, *BVerfGE* vol. 53, p. 257, 289-90.

[790] Cfr. Rudolf Wendt, "Anmerkungen zu Art, 14 GG", *in*: Michael Sachs (Org). *Grundgesetz*, p. 492.

[791] Cfr. Hans-Jürgen Papier, *in*: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, vol. II, p. 94.

[792] Nesse sentido, v. também Hans-Jürgen Papier (op. cit., p. 94), sustentando que, além de assegurar uma proteção relativizante, o recurso supletivo à garantia da propriedade como fundamento constitucional para uma proteção das posições subjetivas patrimoniais de direito público é até mesmo desnecessário, já que a especial força jurídica dos direitos subjetivos públicos decorre de outras normas constitucionais. Da literatura mais recente, registre-se o estudo crítico de Harald Bogs". Art. 14 GG (Eigentum) als Vertrauensschutz-Basisnorm für Rentenversicherte?", *in*: Franz Ruland/Bernd Baron von Maydell/Hans-Jürgen Papier (Org), Verfassung, *Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, p. 65-83, desenvolvendo especialmente a ideia de que existem caminhos mais eficazes para a proteção dos direitos subjetivos na esfera da previdência social do que a oferecida pela garantia da propriedade.

[793] Cfr. o nosso *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso...*, p. 124 e ss.

que, no entanto, se encontra limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas.[794]

Tal concepção, ao menos no nosso sentir, não pode merecer acolhida, sob pena de se outorgar ao legislador o poder de dispor (de modo demasiado livre) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, notadamente no que diz com a sua concretização legislativa, já que no plano da mudança constitucional formal já se dispõe da proteção (igualmente não absoluta, embora reforçada) assegurada pelos limites à reforma da Constituição, temática que – tal como anunciado – aqui não será desenvolvida. Da mesma forma, não há como acolher – pelo menos não integralmente e de modo especial no que diz com as suas consequências – a crítica tecida, entre nós, por Roger Stiefelman Leal, que chega a admitir – em face da incapacidade prestacional do poder público (no âmbito dos limites postos pela reserva do possível) a possibilidade de uma total supressão de uma determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou políticas públicas nesta seara.[795]

Com efeito, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição. Valendo-nos aqui da lição de Jorge Miranda (que, todavia, admite uma proibição apenas relativa de retrocesso), o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador.[796] Em outras palavras, mesmo tendo em conta que o "espaço de prognose e decisão" legislativo seja efetivamente sempre variável, ainda mais no marco dos direitos sociais,[797] não se pode admitir que em nome da liberdade de conformação do legislador o valor jurídico dos direitos sociais, assim como a sua própria fundamentalidade, acabem sendo esvaziados.[798]

Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direi-

[794] Este o pensamento de Miguel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 383 e ss., consignando-se, todavia, que o autor não chega a considerar inexistente qualquer manifestação de uma proibição de retrocesso, já que faz menção à proteção da confiança e à necessidade de uma justificação para a edição de medidas retrocessivas no âmbito da legislação infraconstitucional. Entre nós, seguindo precisamente esta linha de entendimento, v. Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 163, para quem "a admissão de um princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflita com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum".

[795] Cfr. Roger Stifelman Leal, *Direitos Sociais e a vulgarização da noção de direitos fund*amentais, artigo extraído da página do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do RS, acessível em http://orion.ufrgs.br/mestredir/doutrina/leal2.htm

[796] Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 397 e ss.

[797] Cf. C. Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 75. Desenvolvendo o tópico no âmbito da proibição de retrocesso, v., da mesma autora, *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 83 e ss., cuidando da vinculação do legislador aos direitos sociais.

[798] Cf. J. R. Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, p. 190.

tos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes.[799]

4.4.3.4. Principais argumentos em prol do reconhecimento de um princípio implícito da proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira

Se a partir das considerações precedentes já haveria como admitir, mesmo no Brasil, a incidência de uma eficácia vedativa do retrocesso, e sem que aqui se pretenda rastrear todas as dimensões da questão, procedendo a uma exaustiva análise de toda a doutrina e jurisprudência disponível,[800] importa, contudo, empreender a tentativa de construir uma argumentação suficientemente robusta e constitucionalmente adequada para o reconhecimento de um princípio de proibição do retrocesso também na ordem jurídico-constitucional brasileira. No plano doutrinário, iniciamos pela sempre oportuna lição de Luís Roberto Barroso, que, de certo modo, representa o entendimento que (a despeito de algumas posições reticentes) tem – cada vez mais – dominado o nosso cenário jurídico. Para o notável constitucionalista carioca, "por esse princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido". De fato, é como princípio implícito que a proibição de retrocesso foi consagrada no direito constitucional comparado e brasileiro.[801] Em linhas gerais, o que se percebe é que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muitos reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.[802] Em suma, reiterando aqui a lição de Gomes Canotilho e

[799] Sobre esse ponto reportamo-nos ao capítulo desta obra que versa sobre os direitos sociais como direitos subjetivos, especialmente a 2ª Parte, item 3.4, *supra*).

[800] Para uma análise mais detida das diversas posições no âmbito da doutrina (especialmente brasileira e portuguesa) remetemos ao estudo de José Vicente dos S. Mendonça, *Vedação do retrocesso...*, p. 218 e ss.

[801] Cfr. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, 5ª ed., p. 158. Como resulta da análise da experiência de diversas ordens jurídico-constitucionais, em geral o princípio da proibição de retrocesso corresponde a um princípio implícito, no sentido de não direta e expressamente positivado. Nesse sentido, dentre outras constatações importantes (mas não necessariamente incontroversas), v. a conclusão, neste particular acertada, de T. F. de Freitas, "O princípio da proibição de retrocesso social", *in*: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, p. 807, item 3.5, 27, (i).

[802] Nesse sentido, aponta-se aqui, entre outros, além do já referido entendimento de Luís Roberto Barroso, a lição já clássica (mantida em edições mais recentes de sua obra) de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 147 e 156 e ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 397-99, Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e (m) crise*, p. 31 e ss., assim como, Ana Paula de Barcellos, *A eficácia dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 68 e ss., que sustenta tratar-se de um desdobramento de uma eficácia negativa dos princípios constitucionais. Mais recentemente, v. José Vicente dos S. Mendonça, *Veda-*

Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que "uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele".[803]

A partir desta perspectiva e renunciando desde logo ao esgotamento e aprofundamento individualizado de todo o leque de razões passíveis de serem referidas, verifica-se que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso (na sua dimensão mais estrita aqui versada) decorre – como já sinalizado – de modo implícito do sistema constitucional,[804] designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional:

a) Do princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;

b) Do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;

c) Do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, § 1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida;

ção do Retrocesso..., p. 218 e ss., muito embora sinalando que não se trata de uma questão apenas atrelada à eficácia negativa das normas constitucionais.

[803] Cfr. Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 131.

[804] Nesse sentido também F. Derbli, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, esp. p. 199 e ss., igualmente adotando a concepção de que se cuida de um princípio implícito. Por outro lado, embora se reconheça a qualidade e seriedade da obra ora referida, que indiscutivelmente agrega qualidade ao debate sobre a proibição de retrocesso, convém fazer, todavia, alguns registros, notadamente no que diz com alguns equívocos que devem ser apontados quanto à leitura realizada pelo seu autor. Em primeiro lugar, não é correto que nós (tal qual refere o autor ora citado) tenhamos vinculado a proibição de retrocesso estritamente à dignidade da pessoa humana e à segurança jurídica. Que tais princípios (e valores) guardam íntima relação com a proibição de retrocesso não significa dizer que esta não tenha um conteúdo autônomo e substantivo como princípio (implícito), o que, de resto, sempre foi por nós sustentado. Da mesma forma, nunca advogamos que a garantia do mínimo existencial (que igualmente guarda relação, mas não se confunde com a dignidade da pessoa) seja a única a ser protegida com base na proibição de retrocesso, mas sim, apenas a última barreira contra o legislador (não a primeira e única!). De outra parte, sustenta o autor que a proibição de retrocesso se aplicaria apenas na esfera dos direitos sociais, e não dos direitos fundamentais em geral. Se é verdade que as normas definidoras de direitos e garantias (todas e não apenas dos direitos de liberdade ou direitos negativos em geral) são sempre normas de eficácia plena, que não vedam o reconhecimento de direito subjetivo por falta de regulamentação legal, tal não significa dizer que uma determinada regulação legal não seja relevante para a conformação concreta ou mesmo para a proteção (efetivação) dos direitos fundamentais, de tal sorte que uma medida legal que viesse a suprimir ou esvaziar significativamente tal concretização já implementada haveria de ser questionada com base na proibição de retrocesso. De qualquer modo, estas e outras considerações que se poderia tecer (seja concordando com o autor citado, seja refutando no todo ou em parte algumas das suas teses) apenas revelam o quanto o debate sério e qualificado sobre o assunto é atual e relevante, devendo ser urgentemente ampliado e difundido.

d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5°, *caput*, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito;

e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores.[805] Essa, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.[806] Como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior.[807]

Precisamente nesse contexto, insere-se a também argumentação deduzida pelos votos condutores (especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do já referido *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço

[805] Cfr., dentre outros, Harmut Maurer, "Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz", *in*: Josef Isensee; Paul Kirchhof (Orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, p. 244 e ss., não obstante o autor – assim como a doutrina e jurisprudência em geral – sejam bastante restritivos no que diz com a admissão de uma autovinculação do legislador, temática que aqui não iremos desenvolver mas que tem sido objeto de uma certa discussão na Alemanha, sob a rubrica de uma vinculação sistêmica do legislador, desenvolvida essencialmente à luz do princípio da igualdade. Nesse sentido, v., entre outros, Uwe Kischel, "Systembindung des Gesetzgebers und Gleich*heitssatz"*, *in*: *Archiv des öffentlichen Rechts,* vol. 124, 1999, p. 174-211.

[806] Tal ponto de vista apenas poderia ser sustentado, em tese, em se partindo da premissa de que os direitos sociais não podem (mesmo no que diz com seu conteúdo essencial) ser definidos em nível constitucional, a exemplo do que parece propor Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei...*, p. 383-4, mas que contraria até mesmo a lógica do sistema jurídico-constitucional, notadamente no que diz com a função concretizadora exercida pelo legislador e demais órgãos estatais.

[807] Cfr. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 158-9. Nesse contexto, assume relevância a controvérsia a respeito dos limites do controle da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, vinculada, por sua vez, à questão da legitimidade dos órgãos jurisdicionais para tal controle, temática que evidentemente aqui não poderia ser desenvolvida e sobre a qual existe vasta e qualificada doutrina nacional e estrangeira.

Nacional de Saúde, sustentando que "as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados", aduzindo que "após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos (grifo nosso); mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los". Nesse contexto, é correta a percepção de que uma das funções principais do princípio da proibição de retrocesso é a de impedir a recriação de omissões legislativas, ainda que tal função não corresponda, é preciso enfatizar, a integralidade das consequências jurídicas vinculadas à proibição de retrocesso.[808]

h) Os argumentos esgrimidos restam enrobustecidos por um fundamento adicional extraído do direito internacional, notadamente no plano dos direitos econômicos sociais e culturais. Com efeito, de acordo com arguta observação de Victor Abramovich e Christian Courtis,[809] bem retomada, entre nós, por André de Carvalho Ramos,[810] sustentando que o sistema de proteção internacional impõe a progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados, encontra-se implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados.

A partir do exposto, verifica-se que a proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5°, § 1°, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.

Se em favor do reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais não parecem subsistir maiores dúvidas, embora a discussão sobre a terminologia,[811] já que cada vez mais isoladas as vozes que se posicionam contrariamente ao instituto (ainda mais em face do elenco – não exaustivo – de argumentos colacionados), também é verdade que há, ainda, considerável espaço

[808] Cf., em especial, J. P. da Silva, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, p. 282 e ss.

[809] V. Abramovich e C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 92 e ss.

[810] A. C. Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos...*, p. 243 e ss. Também A. G. Bontempo, *Direitos Sociais...*, especialmente p. 225 e ss. bem sustenta uma proibição de retrocesso social com base nas lições de Courtis e Abramovich, notadamente no que diz com o argumento ligado ao dever (internacional e constitucional) de implantação progressiva dos direitos sociais.

[811] Cf., por exemplo, C. Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 105, ao se referir que "a expressão 'proibição do retrocesso social' não é feliz".

para controvérsia no que concerne à amplitude da proteção outorgada pelo princípio da proibição de retrocesso social. Se é correto apontar a existência de elevado grau de consenso (pelo menos na doutrina e jurisprudência nacional e, de modo geral, no espaço europeu) quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz com a concretização dos direitos sociais a prestações.

Sem que se vá aqui aprofundar as razões que vedam o reconhecimento de uma proibição de retrocesso com feições absolutas, ou seja, impeditivas de qualquer redução nos níveis de proteção social, importa destacar, em apertada síntese, que uma proibição absoluta não apenas implica a afetação substancial da necessária possibilidade de revisão que é peculiar à função legislativa, mas também desconsidera a indispensável possibilidade (e necessidade) de reavaliação global e permanente das metas da ação estatal e do próprio desempenho na consecução de tais metas, ou seja, a reavaliação mesmo dos meios utilizados para a realização dos fins estatais, com destaque para a efetivação dos direitos fundamentais.[812] Para além desse consenso (no sentido de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais), constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada.

Nesse sentido, Vieira de Andrade – que, convém dizê-lo, adota posição relativamente cautelosa nesta matéria (bem mais cautelosa e restritiva do que aqui sustentado), apontou para a circunstância de que a proibição de retrocesso social não pode ser tida como uma regra geral, sob pena de se colocar seriamente em risco a indispensável autonomia da função legiferante, já que não se pode considerar o legislador como órgão de mera execução das decisões constitucionais.[813] Além disso – ainda de acordo com Vieira de Andrade – uma proibição em termos absolutos do retrocesso social acabaria por outorgar aos direitos fundamentais sociais a prestações legislativamente concretizados uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial, ressaltando-se, ainda, que o direito constitucional lusitano justamente consagrou a juridicidade reforçada dos direitos, liberdades e garantias.[814]

Entre nós, muito embora partindo de um outro referencial em termos de direito constitucional positivo e do seu respectivo contexto socioeconômico, cumpre registrar a lembrança de Andreas Krell, ao referir – na mesma linha de Vieira de Andrade (no que diz com a proibição de retrocesso) – que a aplicação dessa teoria, que, por si só não veda uma diminuição dos direitos sociais individuais para assegurar interesses públicos urgentes e relevantes, poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade.[815]

[812] Cf., por todos, J. P. da Silva, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas,* em especial p. 279 e ss.

[813] Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 307-9.

[814] Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 309.

[815] Cfr. Andreas Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*, p. 40.

Bastaria essa linha argumentativa para reconhecer (ainda que no Brasil não se possa acolher a tese de um regime jurídico diferenciado e reforçado dos direitos de defesa[816]) que não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra geral de cunho absoluto,[817] já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.[818] Além disso, resulta evidente que a admissão de uma vedação absoluta de retrocesso – especialmente no sentido estrito aqui versado – inexoravelmente resultaria na procedência das críticas formuladas pelos seus adversários. Assim, a proibição de retrocesso assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Em se levando em conta que a proibição de retrocesso social, por não se tratar de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na "lógica do tudo ou nada" (na esteira das lições de Dworkin, Alexy e Canotilho[819]), aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, desde logo e por evidente, sua supressão pura e simples. Aqui vale reproduzir a lição de Gomes Canotilho, ao sustentar que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente autorreversibilidade

[816] Registre-se que a Constituição de 1988, diversamente da Portuguesa e Espanhola, não traçou um regime jurídico diferenciado entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações. Nesse sentido, para um maior desenvolvimento, v. o nosso *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988...*, p. 150 e ss. Os direitos sociais são, portanto, igualmente fundamentais, no sentido formal e material, o que não impede que tal fundamentalidade venha a manifestar-se de modo heterógeno no concernente à sua eficácia e efetividade.

[817] Nesse sentido, v. também, a recente reflexão de P. do C. V. A. Martins, "A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico", *in: A Efetividade dos Direitos Sociais*, p. 408 e ss.

[818] Nesse sentido v. também J. C. V. Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 308. Assim também João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 44, que, apesar de favorável à proibição de retrocesso social, comunga o entendimento de que a proteção dos sistemas prestacionais existentes não pode ser maior do que a concedida aos direitos de liberdade (direitos de defesa).

[819] Com isso não estamos a admitir, na sua integralidade, todos os aspectos da teoria normativa de Alexy, especialmente no que diz com a distinção entre princípios e regras, já que – na esteira da iluminada proposta formulada por Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., p. 54 e ss. e 140 e ss., também as regras podem sofrer algum tipo de ponderação (hierarquização), no sentido de não estarem sujeitas inexoravelmente a uma lógica do "tudo ou nada", especialmente pelo fato de que por detrás de uma antinomia entre duas (ou mais) regras encontra-se sempre uma antinomia de princípios. Sem que se pretenda avançar aqui nesta discussão (para o que remetemos à leitura da obra do ilustre jurista Gaúcho), o que importa é a compreensão de que os princípios, de fato e num certo sentido, constituem mandados de otimização e carecem da ponderação e harmonização com outros princípios (e regras, quando for o caso) no âmbito do sistema jurídico. Igualmente traçando uma visão crítica da teoria dos princípios, v., ainda, a recente contribuição de Humberto Bergman Ávila, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003.

encontram limitação no núcleo essencial já realizado.[820] Muito embora tal concepção possa servir como ponto de partida para a análise da problemática do alcance da proteção contra o retrocesso em matéria de direitos sociais, não nos parece dispensável algum tipo de aprofundamento, notadamente no que diz com a vinculação do problema às noções de dignidade da pessoa e da garantia de das condições materiais mínimas para uma vida digna, o que será objeto da nossa atenção precisamente no próximo segmento.

4.4.3.5. Alguns critérios para aferição do alcance possível (necessário) do princípio da proibição de retrocesso

A dinâmica das relações sociais e econômicas, notadamente no que concerne às demandas de determinada sociedade em matéria de segurança social e, por via de consequência, em termos de prestações sociais asseguradas pelo poder público, por si só já demonstra a inviabilidade de se sustentar uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais, até mesmo pelo fato de que, no que diz com a possibilidade de sua limitação e restrição, os direitos fundamentais em geral não podem ser qualificados como absolutos, o que, de resto, já foi salientado quando da análise da eficácia "protetiva" dos limites materiais ao poder de reforma constitucional. Se – como parece propor Jorge Reis Novais – a problemática da proibição de retrocesso social constitui, em verdade, apenas uma forma especial de designar a questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais sociais no âmbito mais amplo dos direitos fundamentais, aqui não será objeto de maior desenvolvimento, embora se trate de uma tese que merece ser levada a sério.[821]

Reitera-se nesta quadra a nossa posição em prol da possibilidade de uma aplicação da proibição de retrocesso a todos os direitos fundamentais,[822] de tal sorte que a designação proibição de retrocesso social, que opera na esfera dos direitos sociais, especialmente no que diz com a proteção "negativa" (vedação da supressão ou diminuição) de direitos a prestações sociais, além de uma ideia-força importante, poderia ser justificada a partir de algumas peculiaridades dos direitos sociais, o que, importa sempre frisar, não se revela incompatível com a complementariedade entre direitos sociais (positivos e negativos) e os demais direitos fundamentais. De qualquer sorte, consoante já adiantado, se somarmos estes fatores à variabilidade e instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade (de qualquer Estado e sociedade, como deflui da experiência vivenciada em quase todos os recantos do planeta[823]) como um todo,

[820] Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 327.

[821] Cf. J.R. Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, p. 200. Por último, v., do mesmo autor, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 240 e ss.

[822] Essa, ao que tudo indica, é também a posição de A. Sant'Ana Pedra, "Evolução de Direitos e garantias fundamentais e vedação de retrocesso: uma abordagem da jurisprudência do STF nos vinte anos da Constituição Brasileira", *in*: *Uma homenagem aos 20 anos de Constituição Brasileira*, Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, p. 173 e ss.

[823] Ilustrativa é, nesse contexto, a crise relativamente aguda vivenciada, já há bom tempo mas com ritmo crescente, pela Alemanha, onde se intensificam os clamores em prol de uma reforma geral da Lei Fundamental, acusada, em diversos círculos (inclusive no meio acadêmico) de estar tornando ingovernável o país (v., a respeito, a ampla e bem documentada reportagem veiculada pelo importante periódico *Der Spiegel*, na sua edição de 12.05.03, que ostenta o sugestivo título *Die verstaubte Verfassung*, que, em bom português, significa "A Constituição empoeirada"). Registre-se, contudo, que muito embora significativa parcela das reformas em andamento envolva o sistema de segurança social e a problemática do ajuste fiscal e do déficit público, o que mais tem preocupado os críticos é a inviabilidade prática de

especialmente num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social (que, por sua vez, resulta no aumento da demanda por proteção social), acompanhado de problemas na esfera arrecadação de recursos que possam dar conta dos reclamos na esfera da proteção social, igualmente dá conta que o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não poderia – como suficientemente destacado nas páginas precedentes – resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto. Daí para se chegar a admitir a insustentabilidade do princípio da proibição de retrocesso (ou não reversibilidade) social, como chegam a sustentar alguns,[824] não nos parece o melhor caminho, pois a proibição de retrocesso (no sentido de uma proteção dos direitos sociais contra intervenções restritivas) será apenas insustentável caso manejada de modo equivocado, em especial, se tida como blindagem absoluta contra alguma restrição (redução) de determinados níveis de proteção social.

Visto isso, importa avançar no que diz com a construção de alguns critérios materiais que viabilizem uma solução constitucionalmente adequada e equânime no âmbito da aferição dos limites da aplicação do princípio da proibição de retrocesso. Nesse contexto, a primeira noção a ser resgatada é a do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais que estejam sendo objeto de alguma medida retrocessiva. Como já restou suficientemente destacado, o legislador (assim como o poder público em geral) não pode, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. Assim, como já deflui do próprio texto, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido.[825]

Embora não se possa aqui desenvolver o ponto, é preciso, todavia, enfatizar – o que, de resto, já resulta da nossa linha argumentativa – que a vinculação isenta de lacunas do poder público aos direitos fundamentais, implica, na esfera da proibição de retrocesso, que não apenas o legislador (embora a sua posição de destaque nesse contexto), mas também os órgãos executivos, em especial no campo das políticas públicas e sua execução, esteja vinculado à proibição de retrocesso e sujeito, portanto, ao controle dos seus atos com base também nesse princípio.[826]

mudanças com a rapidez necessária, tendo em conta o intrincado e paralisante sistema federativo, a repartição de competências, o intrincado sistema partidário e a complexidade do processo legislativo, além da possibilidade de pequenos blocos partidários e representantes dos Estados impedirem a aprovação de projetos essenciais para o saneamento do País e retomada do crescimento econômico. Se esse discurso (entre nós igualmente difundido) há de prevalecer na sua íntegra, aqui não será questionado, mas o exemplo serve para demonstrar o quanto a questão da reforma do Estado e das instituições, num contexto social, político e econômico altamente explosivo e influenciado pela globalização econômica, representa um fenômeno de proporções mundiais e não pode ser simplesmente desconsiderado na seara jurídica e jurisdicional, especialmente no âmbito da discussão em torno da proibição de retrocesso.

[824] Nesse sentido v. as ponderações de R. G. Leal, *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 158, que, embora admita a ideia de uma proibição de retrocesso, não deixa, na esteira de J. J. Gomes Canotilho, de ser crítico e mesmo cético em relação ao instituto e a sua viabilidade.

[825] Nesse sentido também, C. Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 81 e ss. e p. 101 e ss.

[826] Cf., com destaque para o controle das políticas públicas, entre outros, T. L. Breus, *Políticas Públicas no Estado Constitucional*, p. 262-64.

Que tal núcleo essencial se encontra em geral, diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, constitui uma das teses centrais aqui sustentadas, ainda que sem qualquer pretensão de originalidade. Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos,[827] nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.[828]

Nesse mesmo sentido, apenas para ilustrar a questão com base em experiência recente vivenciada em uma sociedade e ordem jurídica não muito distante da nossa (em diversos sentidos), a doutrina e o Tribunal Constitucional da Colômbia, a despeito da terminologia adotada (mínimo vital) tem reconhecido, já há algum tempo, um direito inominado (melhor seria a designação de implícito) a um mínimo vital, considerado como a garantia de um mínimo de condições materiais para uma vida digna.[829] Em se partindo do pressuposto que as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa constituem (tal como já foi lembrado) inclusive parâmetro necessário para a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais, no sentido de direitos subjetivos definitivos que prevalecem até mesmo em face de outros princípios constitucionais (como é o caso da "reserva do possível" [e da conexa reserva parlamentar em matéria orçamentária] e da separação dos Poderes, apenas para referir os que têm sido mais citados na doutrina, resulta evidente – ainda mais em se cuidando de uma dimensão negativa (ou defensiva) dos direitos sociais (e nesse sentido não apenas dos direitos a prestações[830]) – que este conjunto de pres-

[827] Reportamo-nos aqui novamente ao nosso conceito de dignidade da pessoa tal como já citado neste livro, destacando que uma vida digna é necessariamente uma vida saudável. De tal conceito aproxima-se a noção sustentada por Luis Fernando Barzotto, *A Democracia na Constituição*, especialmente p. 175 e ss., ao referir-se, após instigante e profunda reflexão filosófica, a uma "vida boa" como objetivo e fundamento do Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988.

[828] A respeito da noção de mínimo existencial, remetemos ao indispensável e pioneiro estudo de Ricardo Lobo Torres, "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", *in*: *Revista de Direito Administrativo*, nº 177, 1989, p. 29 e ss., muito embora o autor – a partir de uma profunda análise especialmente da doutrina norte-americana e germânica – esteja aparentemente a se inclinar em prol de uma noção tendencialmente liberal (embora não necessariamente reducionista) de mínimo existencial, já que bem destaca o papel da dignidade da pessoa na construção do conceito de mínimo existencial. Dentre as contribuições mais recentes, importa referir o já citado estudo de Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, especialmente p. 247 e ss.

[829] A respeito da evolução da jurisprudência constitucional colombiana em matéria do reconhecimento e proteção de um direito às condições mínimas para uma vida com dignidade, v. a recente e rica contribuição de Rodolfo Arango e Julieta Lemaitre (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

[830] Registre-se aqui que, a despeito das críticas incisivas formuladas por Flávio Galdino, "O Custo dos Direitos", *in*: Ricardo Lobo Torres (Org), *Legitimação dos Direitos Humanos*, p. 139 e ss. (especialmente a partir da p. 173) sempre reconhecemos (embora talvez não com suficiente ênfase) a interligação entre direitos negativos e positivos, assim como o fato de que os direitos positivos possuem uma dimensão negativa (e a proibição de retrocesso é um dos aspectos que melhor dá conta desta circunstância). De outra parte, convém não esquecer que ao priorizarmos o critério da eficácia jurídica (e não propriamente o da efetividade, a despeito de estar intimamente relacionado com o primeiro) acabamos sustentando – e assim seguimos entendendo – que o fato de todos os direitos terem uma dimen-

tações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para aquém do seu conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos, já que afetar o cerne material da dignidade da pessoa (na sua dupla dimensão positiva e negativa) continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social.

Com isso também se percebe nitidamente que a proibição de retrocesso no sentido aqui versado representa, em verdade, uma proteção que vai além da proteção tradicionalmente imprimida pelas figuras do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das demais vedações específicas de medidas retroativas. Assim, até mesmo em homenagem às evidentes diferenças entre atos de cunho retroativo e medidas prospectivas, não se poderia imprimir, ao menos em princípio, tratamento similar a ambas as situações.

Independentemente da discussão em torno da maior ou menor autonomia (se é que tal autonomia – pelo menos no sentido de uma autonomia absoluta – de fato existe, visto que sempre apontamos a conexão da proibição de retrocesso com outras categorias,[831] como a segurança jurídica e a proporcionalidade, por exemplo) da proibição de retrocesso em relação ao regime jurídico dos limites dos direitos fundamentais – no contexto do qual a proibição de retrocesso atuaria, segundo já se apontou, como limite dos limites, merece acolhida a tese de que uma medida restritiva em matéria de direitos sociais em princípio deve ser encarada com reservas, isto é, como uma medida "suspeita" e submetida a uma presunção (sempre relativa) de inconstitucionalidade, de tal sorte que sujeita a controle no que concerne à sua proporcionalidade ou mesmo no que diz com a observância de outras exigências.[832]

Justamente tal premissa (ainda que não expressamente referida da mesma forma na fundamentação), encontra-se na base do recente e já referido Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 509/2002), a respeito da inconstitucionalidade de (por violação do princípio da proibição de retrocesso) do Decreto da Assembleia da República que, ao substituir o antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, excluiu da fruição do benefício (ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos) pessoas com idade entre 18 e 25 anos. Em termos gerais e para o que importa neste momento, a decisão, ainda que não unânime, entendeu que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre os 18 e 25 anos), de tal sorte que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse

são positiva (como bem enfatiza Flávio Galdino, na esteira de Holmes e Sunstein), no sentido de que também para proteger o direito de propriedade e a liberdade de expressão o poder público necessita disponibilizar todo um aparato judiciário, policial etc., que implica em investimentos de ordem econômica (aspecto que nunca negamos, pois seria negar o óbvio), não afasta a possibilidade de qualquer Juiz (independentemente de uma dimensão positiva e economicamente relevante) desde logo e sem qualquer intermediação do legislador, assegurar – em qualquer processo – a fruição e/ou proteção dos direitos designados (por essa razão) de negativos ou defensivos.

[831] Nesse sentido, v., por todos, C. Santos Botelho, *Direitos Sociais em Tempos de Crise*, op. cit., p. 441 e ss.

[832] Cf. J. R. Novais, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 201. Explorando essa senda, à luz de uma série de exemplos extraídos da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia, v. R. Uprimny e D. Guarnizo, "Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana", *in*: *Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 3, abr./jun. 2008, p. 37 e ss.

direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia. Destaque-se, ainda, que o Tribunal Constitucional português reiterou pronunciamentos anteriores, reconhecendo que no âmbito da concretização dos direitos sociais o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, *sob pressuposto de que, em qualquer caso* a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos.[833]

Para além do exposto, convém frisar que, na fundamentação do pedido de fiscalização da constitucionalidade em sede preventiva, aforado pelo Presidente da República, restou assentado que "mesmo quando se sustente numa justificação objectivamente comprovável e de base constitucional, o Estado não pode afetar ou suprimir prestações existentes de uma forma arbitrária, discriminatória, com eventual violação de princípios constitucionalmente consagrados, como sejam o princípio da confiança própria do Estado de Direito ou, mais especificamente, no caso, o princípio da igualdade ou o princípio da universalidade na titularidade e exercício dos direitos fundamentais".

Da análise da decisão ora citada, que harmoniza com a argumentação desenvolvida ao longo do presente texto, resulta que uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas,[834] já que – como bem revela o caso ora examinado – também haverá de ser respeitado o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, pelo menos daqueles que possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana. De tal sorte não há, de fato, como sustentar que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais (nos termos expostos) resultaria numa aniquilação da liberdade de conformação do legislador, que, de resto – e importa relembrar tal circunstância – nunca foi e nem poderia ser ilimitada no contexto de um Estado constitucional de Direito, como bem revelam os significativos limites impostos na seara das restrições legislativas ao exercício dos direitos fundamentais. Além disso, não se poderá olvidar jamais que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por essa razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional.[835]

[833] Para quem deseja aprofundar a análise, vale a pena conferir na íntegra a fundamentação do já citado Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002, apreciado pelo Tribunal Constitucional de Portugal em 19.12.2002.

[834] Entre nós, v., nesse sentido e na esteira da lição de Gomes Canotilho, a enfática posição também de A . R. Coutinho, "15 Anos de Constituição de Direitos dos Trabalhadores", *in*: F. F. Scaff (Org), *Constitucionalizando Direitos*, p. 379-80, bem como, por último, P. A. Ayala, *Devido Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente*, op. cit., p. 257 e ss.

[835] A respeito da dignidade da pessoa humana como limite das restrições a direitos fundamentais v. o meu *A Dignidade da Pessoa Humana...*, p 119 e ss.; sobre o princípio da proporcionalidade e a função da dignidade da pessoa humana nesse contexto, v., entre outros, Heinrich Scholler, "O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha", *in*: *Revista Interesse Público* nº 2, 1999, p. 93-107.

Considerando que o núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive sociais, nem sempre corresponde ao seu conteúdo em dignidade (que poderá ser variável, a depender do direito fundamental em causa) é de se admitir até mesmo a eventual inconstitucionalidade de medidas que – mesmo não afetando diretamente a dignidade da pessoa humana – inequivocamente estejam a invadir o núcleo essencial. Que também no âmbito da proibição de retrocesso importa que se tenha sempre presente a circunstância de que o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa, resulta evidente e vai aqui assumido como pressuposto de nossa análise.

Além do mais, tendo em conta que a dignidade da pessoa humana e a correlata noção de mínimo existencial, a despeito de sua transcendental e decisiva relevância, não são os únicos critérios a serem considerados no âmbito da aplicação do princípio da proibição de retrocesso, importa relembrar aqui as noções de segurança jurídica e proteção da confiança, igualmente referidas na decisão colacionada.[836] Assim – mesmo que não se vá desenvolver estes aspectos – é certo que também na esfera da proibição de retrocesso tal como versada, a noção de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual.[837] A partir do princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade.[838] Assim, à vista do exposto, percebe-se que embora proibição de retrocesso e segurança jurídica não sejam idênticas (no sentido de uma fungibilidade e superposição),[839] existe uma relação necessária e produtiva entre ambas as noções, pressupondo-se, contudo, uma dimensão dinâmica da segurança jurídica, com destaque para o já referido princípio da proteção à confiança.[840]

[836] Nesse sentido, bem articulando a proibição de retrocesso com os demais limites aos limites dos direitos fundamentais (proporcionalidade, segurança jurídica, núcleo essencial dos direitos etc.), v. também a ótima contribuição de L. C. Pinto e Netto, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 167 e ss.

[837] Cfr. Winfried Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüche und Anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, p. 80.

[838] Cfr., dentre tantos, Dietrich Katzenstein, *Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts...*, p. 862, com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nesse contexto, Hans-Jürgen Papier, "Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht", *in*: Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (Org), *Sozialrechtshandbuch*, p. 120, lembra que no âmbito da ponderação de bens e interesses a ser procedida em cada caso, a regulação legislativa será inconstitucional apenas quando se verificar que a confiança do indivíduo na continuidade da situação legal atual pode ser tida como prevalente em face dos objetivos almejados pelo legislador com as alterações propostas, destacando, todavia, que tais critérios assumem um papel secundário na aferição da constitucionalidade de medidas retroativas. Tal fórmula tem sido largamente adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (especialmente desde *BVerfGE* 24, p. 220, 230 e ss.), no sentido de que importa ponderar, em cada caso, entre a extensão do dano à confiança do indivíduo e o significado da medida adotada pelo poder público para a comunidade.

[839] Aparentemente sustentando uma redução da proibição de retrocesso à proteção da confiança, v., todavia e entre outros, também J. C. Loureiro, *Adeus ao Estado Social*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 2010, p. 254.

[840] Sobre a temática da segurança jurídica em geral (incluindo a proteção à confiança), v., no âmbito da produção monográfica, especialmente as paradigmáticas contribuições de H. T. Torres, *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, e H. B. Ávila, *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, 2011. No campo da produção monográfica específica sobre a proteção à confiança no direito público, v., por todos, R. Maffini, *O Princípio da Proteção à Con-*

Que tais questões – consoante já frisado – nos remetem novamente ao princípio da proporcionalidade, mas também dizem com o princípio da isonomia, os quais igualmente devem ser observados nesse contexto, salta aos olhos embora aqui não venha a ser mais desenvolvido. Para o nosso propósito, basta aqui que se faça referência, com particular ênfase, ao fato de que tanto o princípio da proteção da confiança, quanto os princípios da proporcionalidade e isonomia, exigem a adoção não apenas de regras razoáveis de transição, mas também a imposição de soluções suficientemente diferenciadas e proporcionais mesmo no âmbito interno das regras de transição. Embora de modo sumário, especificamente no concernente ao princípio da proporcionalidade e sua relevância também na esfera da assim designada proibição de retrocesso (ou não reversibilidade ou regressividade), importa lembrar que a proporcionalidade opera tanto como uma proibição de excesso, quanto naquilo em que, vinculada aos deveres de proteção – com os quais não se confunde –, proíbe uma proteção insuficiente – exigindo, pelo contrário, uma proteção social compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana no marco de um Estado Democrático e Social de Direito.[841]

Para além de todo o exposto, relembre-se aqui a já citada lição de Hartmut Maurer (muito embora este não tenha explorado com maior ênfase a questão da proibição de retrocesso no sentido aqui proposto) ao afirmar que segurança jurídica acaba por significar igualmente uma certa garantia de continuidade da ordem jurídica, que evidentemente não se assegura exclusivamente com a limitação de medidas estatais tipicamente retroativas.[842] Que o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico nos parece, portanto, mais um dado elementar a ser levado em conta, que apenas reforça as demais dimensões exploradas neste estudo.

Assim, parece ter sido suficientemente demonstrado o quanto a otimização da eficácia e efetividade de um direito à segurança (incluindo a segurança jurídica) reclama – também – uma certa proteção contra medidas do poder público que venham a aniquilar ou reduzir de modo desproporcional e/ou ofensivo à dignidade da pessoa (já que as duas situações nem sempre são coincidentes) os níveis já concretizados de proteção social. Além do mais, atentando especialmente para os gritantes níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer ainda mais os deficitários patamares de segurança social ora vigentes entre nós, é possível afirmar – com ênfase – que a análise sóbria e constitucionalmente adequada da temática ora sumariamente versada, assume caráter emergencial.

fiança no Direito Administrativo Brasileiro, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. *Vinculando a segurança jurídica a eficácia dos direitos sociais*, v., por último, O. F. de Carvalho, *Segurança Jurídica e a Eficácia dos Direitos Sociais Fundamentais*, Curitiba: Juruá, 2011.

[841] Cf. bem apontado por C. Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 117. Da mesma autora, com maior desenvolvimento, *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 76 e p. 100 e ss. Entre nós, desenvolvendo a conexão da proibição de retrocesso social com a assim chamada "dupla dimensão" ou "dupla face" da proporcionalidade, operando simultaneamente como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente (ou deficiente, como, no caso, optou o autor) v. M. de Conto, *O princípio da proibição de retrocesso social. Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, em especial p. 82 e ss., assim como P. C. Miozzo, *A Dupla Face do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil. Uma Análise Hermenêutica*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 106 e ss.

[842] Cfr. Hartmut Maurer, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, ... p. 243 e ss., sinalando, todavia, a existência de uma distinção entre proteção de confiança e a garantia de continuidade da ordem jurídica, aspecto que aqui não iremos desenvolver e a respeito do qual, inclusive na doutrina germânica, não existe pleno consenso.

Nesse contexto, voltamos a frisar que um dos principais desafios a serem enfrentados também no âmbito de uma proibição de retrocesso é o da adequada hierarquização entre o direito à segurança jurídica (que não possui – convém frisá-lo – uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada) carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado. Por tal razão não se pode olvidar da necessidade de avaliar o impacto dos chamados vícios sociais quando da aplicação do princípio da proibição de retrocesso.[843]

No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, do qual nos fala Juarez Freitas.[844] Recordando a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, no sentido de que a dignidade corresponde ao "coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana",[845] não restam dúvidas de que necessário será justamente o Estado apto a assegurar – de modo eficiente – nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social.

[843] Nesse sentido, v. T. M. R. de Resende Zuba, *O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*, São Paulo: LTr, 2015.

[844] Referindo-se a uma noção de Estado necessário, v. J. Freitas, *Estudos de Direito Administrativo*, p. 31 e ss.

[845] Cfr. Cármen Lúcia Antunes Rocha, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social", *in: Revista Interesse Público* nº 4, p. 32.

Conclusão

À guisa de conclusão, tomamos a liberdade de renunciar à retomada de cada conclusão parcial que tenha sido enunciada ao longo do texto e que, por certo, não passou despercebida ao leitor. A tarefa de realizar uma retrospectiva minuciosa a título de síntese conclusiva, a despeito de seu caráter didático, correria o risco não apenas de se tornar prolixa, reiterando-se posições já referidas, mas também de pecar por sua incompletude, no sentido de que o próprio leitor terá chegado (ou poderá vir a fazê-lo) a outras conclusões que não as propostas pelo autor, decorrência natural, aliás, de uma leitura atenta e crítica.

Cumpre destacar a nossa preocupação inicial de tomar posição frente a alguns dos aspectos cruciais ligados à problemática de uma teoria geral dos direitos fundamentais na nossa Constituição, demonstrando que os pontos abordados se encontram intimamente vinculados ao problema central da obra, qual seja, o da eficácia dos direitos fundamentais. Aliás, a própria eficácia (assim como a efetividade, ainda que em outro plano) não deixa de integrar o que se poderia denominar de uma teoria geral dos direitos fundamentais, já que se cuida de perspectiva que abarca, respeitadas as diferenças apontadas, toda e qualquer posição jurídico-fundamental consagrada na nossa Constituição (seja ou não de forma expressa). Por outro lado, guiou-nos a firme convicção – e esperamos tê-lo demonstrado ao leitor – de que a necessidade de se tomar a sério os direitos fundamentais (como já preconizava Dworkin)[846] não logrará êxito desconsiderando-se, no âmbito de uma perspectiva dogmático-jurídica (e nas demais perspectivas de abordagem dos direitos fundamentais), a importância crucial de uma teoria geral dos direitos fundamentais, na qual o problema da eficácia é o ponto culminante. Levarmos a sério os direitos fundamentais significa, portanto, estarmos cientes de sua posição e significado na arquitetura constitucional.

No que diz com a eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita, há que ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5°, § 1°, da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a qual pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficacial. Sem prejuízo disso, a norma referida opera como impositiva de um dever de aplicação dos direitos fundamentais e guarda relação com a vinculação direta e isenta de lacunas de todos os órgãos estatais aos direitos fundamentais. Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.

[846] Reportamo-nos aqui à celebre formulação de R. Dworkin, *Los Derechos en serio*, p. 303, de que o governo que não leva a sério os direitos, não toma a sério o Direito.

Para além do exposto, esperamos ter logrado êxito na tarefa de demonstrar que o estudo dos direitos fundamentais e de sua eficácia revela múltiplas facetas e possibilidades, cujo enfrentamento impõe desafios que, na maior parte das vezes, ainda não foram definitivamente superados, reclamando um crescente aprofundamento crítico, além de permitirem desenvolvimentos que não se poderia sequer prever e rastrear numa obra apenas. Ainda que em matéria de direitos fundamentais seja sempre preferível pecar pelo excesso do que pela timidez ou omissão na busca de sua efetivação, não se poderá ter a ilusão de que nos direitos fundamentais (notadamente, na sua previsão meramente formal em tratados internacionais e nas Constituições em geral) resida a panaceia de todos os males da humanidade. A busca de soluções não pode estar divorciada da evolução internacional, seja no plano do direito constitucional comparado, seja na esfera do direito internacional comum e convencional, já que não devemos esquecer que os direitos fundamentais integram o patrimônio comum da humanidade. Todavia, sob pena de se aprofundar – também nessa seara – o abismo por vezes já quase intransponível entre norma e realidade, há que ter como referência permanente os valores supremos e as circunstâncias de cada ordem constitucional (material e formal), razão pela qual deverá prevalecer, também aqui, a noção do equilíbrio e da justa medida. Afinal de contas, como bem lembram Laurence Tribe e Michael Dorf, as normas da Constituição – e, no nosso entender, especialmente aquelas que versam sobre os princípios e direitos fundamentais – não devem ser tratadas como um espelho, no qual todos enxergam o que desejam ver.[847]

Nessa quadra, convém enfatizar que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, por mais que sejam também pautas para a reivindicação política, sendo por vezes até mesmo utilizados como instrumentos de um fundamentalismo disfarçado e que no discurso dos direitos humanos e fundamentais busca a sua legitimação, devem – e podem! – operar (e por isso a necessidade do recurso aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, entre outros) justamente como "clásulas de barreira ao fundamentalismo".[848] Com efeito, num Estado constitucional (Democrático) de Direito, que traduz a ideia de uma comunidade constitucional e republicana inclusiva, não há como – na esteira do que leciona Gomes Canotilho – aceitar qualquer tipo de "fixismo" nem transigir com posturas arbitrárias e reducionistas,[849] mesmo quando fundadas (mas neste caso só aparentemente!) na própria dignidade e nos direitos fundamentais.

[847] Cf. L. Tribe e M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 7.

[848] Cf. bem aponta J. Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, p. 63, traçando – no contexto de sua obra – uma interessante distinção entre duas modalidades de fundamentalismo, no caso, um fundamentalismo-crença (de feição hermenêutica e tolerável até as raias do proselitismo), e um fundamentalismo do tipo militante, que desafia e afronta concretamente os valores estruturantes do Estado Democrático de Direito, e que, por tal razão, não pode ser tolerado (v. op. cit., p. 50 e ss.).

[849] Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., p. 225-26.

Finalmente, se tivermos logrado contribuir para a percepção e problematização de alguns dos diversos aspectos que implica o estudo dos direitos fundamentais no âmbito de uma perspectiva constitucional, poderemos concluir com a sensação da missão cumprida.

Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid: Trotta, 2002.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*, 1980.

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o Direito à Moradia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ALÁEZ CORRAL, Benito, "Los sujetos de los derechos fundamentales", *in*: BASTIDA FREIJEDO, Francisco J; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUES, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALAÉZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Tecnos, 2004, p. 83-102.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. "El constitucionalismo contemporaneo y los derechos económicos, sociales y culturales", *in: Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca. Ano 1, n. 1, 2003, p. 135-177.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A Construção Dogmática, Coimbra: Almedina, 2006.

——. "Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções", *in*: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2008, 481-511.

ALEXY, Robert. *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in:* Der Staat nº 29 (1990), p. 49 e ss.

——. *Theorie der Grundrechte*, 2. ed., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994.

——. "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional e Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional", *in: Revista de Direito Administrativo (RDA)* nº 217 (1999).

——. "Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático", *in*: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, 1999.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à Moradia: *Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras*, Rio de Janeiro: FASE-GTZ-IPPUR/UFRJ-Observatório de Políticas Urbanas e Gestão Municipal, 1997.

ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos Fundamentais Sociais e Ponderação. Ativismo Irrefletido e Controle Jurídico Racional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2014.

ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ALVES, Cândice Lisbôa. *Direito à Saúde. Efetividade e Proibição de Retrocesso Social*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANABIDARTE, Alfredo Gallego. *Derechos Fundamentales y Garantias Institucionales: Analisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Madrid: Ed. Civitas, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

——. *Rapport sur la protection des droits sociaux fondamentaux au Portugal* (ainda não publicado), Coimbra, 1994, 27p.
ANNONI, Danielle (Org). *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional. Cidadania, Democracia e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
ANTUNES, Marcus Vinícius Martins. *Mudança Constitucional. O Brasil Pós-88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
——. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004.
ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Serviços Públicos e Direitos Fundamentais", *in*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-30.
ARANGO, Rodolfo. *EL concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá: LEGIS – Universidad Nacional de Colombia, 2005.
——. "Basic Social Rights, Constitucional Justice, and Democracy", *in*: *Ratio Júris*, vol. 16, nº 2, junho de 2003, p. 141-154.
——; LEMAITRE, Julieta (Dir), *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Caracas: Ediciones Uniandes, 2002.
ARANHA, M. I. "Conteúdo Essencial das Cláusulas Pétreas", *in*: *Notícia do Direito Brasileiro – Nova Série* nº 7, 2000, p. 398 e ss.
ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2003.
ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*, 3ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coords.), *Processos Estruturais*, Salvador: Editora JusPodivm, 2017.
ARNAULD, A. von. "Das Existenjminimun", *in*: A. von Arnauld e A. Musil (ed.). *Strukturfragen des Sozialverfasungsrednts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio. Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à Saúde. Práticas Sociais Reivindicatórias e sua Efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013.
ASIS ROIG, Rafael de. *Deberes y Obligaciones en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1991.
ASSIS, Araken de (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*, Porto Alegre: Notadez, 2006.
——. "Eficácia das Normas Constitucionais", *in*: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)* nº 50 (1990), p. 33 e ss.
ATALIBA, Geraldo. "Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais e Leis Complementares", *in*: *Revista de Direito Público*, nº 13 (1970), p. 35 e ss.
——. "Superação Jurídica da Constituição de 1993", *in*: Sérgio Sérvula da Cunha (Org.), *Revisão Constitucional, Aspectos Jurídicos, Políticos e Éticos*, Porto Alegre, 1993.
ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *in*: *Revista de Direito Administrativo* nº 215 (1999), p. 151-79.
——. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003.
——. "Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis", *in*: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 236, 2004.
——. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
ÁVILA, Luciano Coelho. *Políticas Públicas de Prestação Social*: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.
AYALA, Patryck de Araújo. *Devido Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
BACHOF, Otto. "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates", *in*: *VVDStRL* nº 12 (1954), p. 37 e ss.

BACIGALUPO, Mariano. "La aplicación de la doctrina de los 'limites inmanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal", *in*: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 38, 1993.
BADURA, Peter. "Arten der Verfassungsrechtssätze", *in*: J. Isensee-P. Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, p. 33 e ss.
——. "Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland", *in*: *Der Staat* nº 14 (1975), p. 17 e ss.
——. *Staatsrecht*, München: C. H. Beck, 1986.
——. "Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht", *in*: *J. Isensee/P. Kirchhof (Hsgb). Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, p. 57 e ss.
——. "Eigentum", *in*: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochem (Org), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1992.
BALDASARRE, Antonio. *Los Derechos Sociales*, Trad. Santiago Perea Latorre, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.
BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Teoria Geral do Direito Constitucional Comum Europeu", *in*: ANNONI, Daniele (Org.), *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional. Cidadania, Democracia e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 319-342.
BARBALHO, João. *Constituição Federal Brazileira*, Rio de Janeiro: Typografia da Cia. Litho-Typografia, 1902.
BARBOSA, Rui. *Commentários à Constituição Federal Brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires)*, vol. II, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933.
——. *Commentários à Constituição Federal Brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires)*, vols. V e VI, São Paulo: Saraiva & Cia., 1934.
BARBOZA, Márcia Noll. *O Princípio da Moralidade Administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
——. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
——. "O Direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e valor das abordagens coletiva e abstrata", *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.), *Direitos Sociais. Fundamentaos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 803-826.
——. "O direito à educação e o STF". *In*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.), *Os Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 609-634.
BARRETTO, Vicente de Paulo. "Bioética, Biodireito e Direitos Humanos", *in*: TORRES, Ricaro Lobo (Org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 377-418.
BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília-DF: Brasília Jurídica, 1996.
BARROSO, Luis Roberto. O *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 1996.
——. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
——. "Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial", *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.), *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-903.
——. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
BARZOTTO, Luís Fernando. *A democracia na Constituição*, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
——. "Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética", *in*: MELLO, Cláudio Ari (Coord), *Os desafios dos direitos sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47-88.
BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 11. Aufl., São Paulo: Saraiva, 1989.

——. "Direitos e Garantias Individuais", *in: A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
——; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1982.
——; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989.
BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. "Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales", *in*: p. 17-44: BASTIDA FREIJEDO, Franciso J; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUES, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALAÉZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Tecnos, 2004.
——; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUES, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALAÉZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Tecnos, 2004.
BEDÊ, Fayga Silveira. "Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador", *in*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89-118.
BELAUNDE, Garcia D.; SEGADO, F. *Fernandez; VALLE, Hernandez R (Org.)* Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos, Madrid: Ed. Dykinson, 1992.
BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente:* da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
BENDA, Ernst. "Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht", *in:* E. Benda-W. Maihofer-H. J. Vogel (Org.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2.ed., Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994, p. 161 e ss.
BERCOVICI, Gilberto. "Constituição e Superação das Desigualdades Regionais", *in:* Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho (Org.), *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, p. 74 – 107.
——. "A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", *in*: Revista de Informação Legislativa (RIL) n° 142 (1999), p. 41 e ss.
——. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo: Max Limonad, 2003.
BEURLEN, Alexandra, "O Estado brasileiro e seu dever de realizar o direito social à alimentação", *in:* SCAFF, Fernando Facury (Org.), *Constitucionalismo, tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 189-222.
BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Fabris, 2005.
BIANCHI, Patrícia. *Eficácia das Normas Ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
BIEBACK, Karl-Jürgen. "Sozialstaatsprinzip und Grundrechte", *in: EuGRZ* 1985, S. 657 ff.
——. *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1997.
BILHALVA, Jacqueline Michels. *A Aplicabilidade e a Concretização das Normas Constitucionais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
——; CYRINO, André Rodrigues, "O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação. Limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos", *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 997-1017.
BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
BLECKMANN, Albert. *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, 4. ed., Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn – München, 1997.
BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge", *in:* Böckenförde-Jekewitz-Ramm (Org) *Soziale Grundrechte*, Heidelberg: C. F. Müller, 1991, p. 7 e ss.
——. "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", *in: NJW* 1974, p. 1529 e ss.

BOECKEN, Winfried. *Der verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüchen und Anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987.
BOGS, Harald, "Art 14 GG (Eigentum) als Vertrauensschutz-Basisnorm für Rentenversicherte?", *in:* RULAND, Franz; MAYDELL, Bernd von; PAPIER, Hans-Jürgen (Org), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C. F. Müller, 1998.
BONAVIDES, Paulo. "A Revisão Constitucional na Carta de 1988", *in: Revista de Informação Legislativa* n° 116 (1992), p. 21 e ss.
——. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
——. "Der brasilianische Sozialstaat und die Verfassungen von Weimar und Bonn", *in:* Klaus Stern (Org.) *40 Jahre Grundgesetz*, München: C. H. Beck, 1990, p. 279 e ss.
——. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, São Paulo: Malheiros, 2001.
——. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*, São Paulo: Malheiros, 1999.
——. LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.), *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006.
BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais*: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988, Curitiba: Juruá, 2005.
BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução de conflitos entre direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
BOROWSKI, Martin. *La Estrutura de los Derechos Fundamentales* (trad. de Carlos Bernal Pulido). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015.
BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", p. 103-196, *in*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.
——. "Futuro do Direito e Direito do Futuro: reflexões sobre a flexibilização dos direitos fundamentais", *in*: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.), *O Direito e o Futuro e o Futuro do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 513-534.
BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Conteúdo Jurídico das Expressões*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
BRENNER, Michael. "Möglichkeiten und Grenzen Grundrechtsbezogener Verfassungsänderun-gen, dargestellt an Hand der Neuregelung des Asylrechts", *in: Der Staat* n° 31 (1993), p. 493 e ss.
BREUER, Rüdiger. "Grundrechte als Anspruchsnormen", *in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, München: C. H. Beck, 1978, p. 89 e ss.
BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*, Porto Alegre: Fabris, 1993.
BRITTO, Carlos Ayres. "Revisão Constitucional: norma de eficácia esvaída", *in: Revista Trimestral de Direito Público* n° 6 (1994), p. 158 e ss.
——. "A Constituição e o Monitoramento de suas Emendas", *in*: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coord), *Direito do Estado – Novos Rumos*, Tomo 1, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 45-67.
BROHM, Winfried. "Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung", *in: JZ* 1994, p. 213 e ss.
BRUNNER, Georg. "Die Problematik der Sozialen Grundrechte", *in: Recht und Staat* Nr. 404-405, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1971.
BRYDE, Brunn-Otto. "Anmerkungen zu Art. 79 GG", *in*: MÜNCH, Ingo von (Org.) *Grundgesetz-Kommentar*, vol. III, 2. ed., München: C. H. Beck, 1983.
——. "Anmerkungen zu Art. 14 GG", *in*: MÜNCH, Ingo von; KUNIG, Phillip (Org), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 4. ed., München: C. H. Beck, 1992.
BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva, 2006.

——. "A Reforma Constitucional da Previdência. O Direito à Aposentadoria como Direito Fundamental e seu Conteúdo", *in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 12 (1995), p. 116 e ss.

—— (org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de Resistência Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma visão crítica*. São Paulo: Elsevier, 2008.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord). *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Madrid: Tecnos, 2005.

CALLIESS, Christian, "Die grundrechliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis", *in: JZ* (Juristen Zeitung), 2006.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*, 11.ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1994.

CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos Fundamentales. Concepto y Garantías*, Madrid: Trotta, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

——. *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

——. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

——. *Tomemos à Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

——. "Compreensão Jurídico-Político da Carta", *in*: RIQUITO, Ana Luísa *et. al. Carta de Direitos Fundamentais da União Européia*, Coimbra: Coimbra, 2001, p. 9 e ss.

——. "Metodologia Fuzzi y Camaleones Normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales", *in: Derechos y Libertades* (*Revista del Instituto Batolomé de las Casas*) nº 6 (1998), p. 35-49.

——. "Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado", *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

——. "O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da consittuição social), CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

——; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

——; ——. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999.

CARBONELL, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en Mexico*, 2ª ed., México DF: Editorial Porruá, 2006.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da Solidariedade*: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CARDOSO, Simone Tassinari. "Existe saúde sem levar o lazer a sério? Interfaces entre o direito ao lazer e o direito à saúde", *in*: L. T. Zavascki e M. F. Jobim (Orgs.). *Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 225-238.

CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARLINI, Angélica. *Judicialização da Saúde Pública e Privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. "A Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos", *in: RIL* nº 106 (1990), p. 249 e ss.

——. *Reforma Constitucional e Direitos Adquiridos e outros Estudos*, Porto Alegre: Síntese, 2000.

CARVALHO, Luís Alberto de Matos Freire de. "Normas Programáticas na Constituição", *in: Revista de Direito Público* nº 82 (1987), p. 156 e ss.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança Jurídica e a Eficácia dos Direitos Sociais Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais", *in*: SAMPAIO, José Adércio (Org). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.140-163.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAÚLA, César. *Dignidade da Pessoa Humana*. Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição. O Caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010.

CAUPERS, João, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. *Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador. A efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo: RT, 1995.

——. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993.

____. "O Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais", *in: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*, Curitiba, 2003, p. 290-300.

——; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira, "Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais", *in*: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques*, 3. ed., Paris: Dalloz, 1968.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

____. "O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais", *in*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (Coord). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial. O Papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Denise Souza. *Direito Fundamental à Educação*: democracia e desenvolvimento sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. "A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Proteção dos Direitos Fundamentais", *in: Boletim do Ministério da Justiça* nº 396 (1990), p. 5 e ss.

COSTA, José Rubens. "O Direito ao Trabalho", *in: Revista Forense* nº 330 (1995), p. 133 e ss.

COELHO, Inocêncio Mártires. "Os Limites da Revisão Constitucional", *in: Revista de Informação Legislativa* nº 113 (1992), p. 67 e ss.

CORRAL, Benito Aláez. *Los limites materiales a la reforma de la COnstitución Española de 1978*. Madrid: Centro de Éstudios Constitucionales, 2000.

——. *Minoría de Edad y Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2003.

CORREIA, Sérvulo. *O Direito de Manifestação. Âmbito de Proteção e Restrições*. Coimbra: Almedina, 2006.

COURTIS, Christian (Comp), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en material de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

COUTINHO, Aldacy Rachid, "15 Anos de Constituição de Direitos dos Trabalhadores", *in*: SCAFF, Fernando Facury (Org), *Constitucionalizando Direitos. 15 Anos da Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CRAVEN, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights – a perspective on its development*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate*. O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial, Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

——. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição II – Direitos Humanos, Direitos Fundamentais*, Lisboa: Verbo, 2000.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*: em Busca de uma Dogmática Constitucional Transformadora à Luz do Direito Fundamental à Efetivação da Constituição, São Paulo: Saraiva, 2004.
DE CONTO, Mário. *O princípio da proibição de retrocesso social. Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
DEMOLINER, Karine Silva. *Água e Saneamento Básico. Regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
DENNINGER, Erhard. "Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 2 und 3 GG", *in:* R. Wassermann (Hsgb). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar)*, Bd. I, 2. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 1989.
——. *Der Gebändugte Leviathan*, Baden-Baden: Nomos, 1990.
——. "Vorbemerkungen zu Art. 1 GG (Die Grundrechte)" *in:* R. Wassermann (Hsgb). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar)* Bd. I, 1. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 1984.
DEPPENHEUER, Otto, "Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente?", *in: AÖR* nº 120 (1995).
DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
DI FABIO, Udo. "Grundrechte als Wertordnung", *in: JZ* 2004, p. 1-8.
DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.
DÍAZ, José Ramón Cossio. *Estado Social y Derechos de Prestación*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
DIEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 2005.
DIMOULIS, Dimitri. "Dogmática dos Direitos Fundamentais: conceitos básicos", *in*: Caderno de Comunicações. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, Ano 5, nº 2, jan. 2001.
——; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
DINIZ, Maria Helena, "Advertência sobre a Problematicidade da Vigência e da Eficácia Constitucional", *in*: T. S. Ferraz Jr / M. H. Diniz e R. A. S. Georgakilas, *Constituição de 1988 – Legitimidade, Vigência e Eficácia*, São Paulo: Ed. Atlas, 1989.
——. *Norma Constitucional e seus Efeitos*, São Paulo: Saraiva, 1989.
DOLZER, Rudolf (Org.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz Heidelberg*, 72. Lieferung (Oktober 1994).
DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos. *El derecho Del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
DREIER, Horst. "Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte", *in: JURA* 1994, p. 505 e ss.
DUARTE, Clarice Seixas, "Direito público subjetivo e políticas educacionais", *in*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org), *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267-278.
DUARTE, Cláudio Hiran Alves. "Direito de Greve dos Servidores Públicos", *in: Boletim de Direito Administrativo* nº 9 (1994), p. 537 e ss.
DOBROWOLSKI, Sílvio. "A Constituição de 1988 – Um mito para resgatar", *in: Revista dos Tribunais* nº 658 (1990), p. 20 e ss.
——. (Org.), *A Constituição no Mundo Globalizado*, Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
DÜRIG, Günter. "Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 1 bis 3 GG", *in:* Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, München: C. H. Beck, 1994.
——. "Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", *in: AÖR* nº 81 (1956), p. 9 e ss.
DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999.
——. EL dominio de la vida. *U na discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona: Ariel, 1998.

EICHENHOFER, Eberhard, "Der verfassungsrechtliche Schutz von sozialversicherungsrechtlichen Anrechten in der Bundesrepublik Deutschland, Italien und den USA", *in*: *ZIAS* 1998.
EGAÑA, José Luís Cea. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Catolica de Chile, 2003.
EKMEKDJAN, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1993.
ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3. ed., Madrid: Civitas, 1994.
ERICHSEN, Hans-Uwe. "Allgemeine Handlungsfreiheit", *in:* J. Isensse/P. Kirchof (Org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VI, Heidelber: C. F. Müller, 1992, p. 1189 e ss.
ESCOBAR, Guillermo (Dir.), "Protección de la Salud. Federación Iberoamericana de Ombudsman". *IV Informe sobre Derechos Humanos*, Madrid: Trama Editorial, 2006.
ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*, São Paulo: RT, 1998.
ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Método, 2007.
FABRE, Cecile. *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford: Clarendon Press, 2000.
FACCHINI NETO, Eugênio, "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado", *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11-60.
FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial*. Hermenêutica, Constituição e Respostas Corretas em Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
FACHIN, Luiz Edson (Coord). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
——. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever Alimentar para um Novo Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
FALCÃO, Alcino Pinto. *Constituição Anotada*, vol. II, Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.
FARBER, Daniel. *Retained by the People*. The "Silent" Ninth Amendment and the Constitutional Rights Americans don't know They Have, New York: Basik Books, 2007.
FARIA, José Eduardo. "O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira", *in:* José Eduardo Faria (Hsgb) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994.
——. "Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica", *in*: José Eduardo Faria (Org), *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*, São Paulo: Malheiros, 1996.
FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem* versus *a Liberdade de Expressão e Informação*, Porto Alegre: Fabris, 1996.
FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco. Por uma relegitimação da atuação do Ministério Público – uma investigação à luz dos valores constitucionais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
——. *A Constituição Penal*: a Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
——. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords.). *Direito à Moradia Adequada. O que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias. La Ley Del Más Débil*, Madrid: Trotta, 1999.
FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade*, São Paulo: RT, 2001.
FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*, São Paulo: Max Limonad, 1986.
FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988 – Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia*, São Paulo: Ed. Atlas, 1989.
FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

——. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, vol. II, 5. ed. São Paulo: RT, 1971.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais", *in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* nº 29 (1988), p. 35 e ss.
——. *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1975.
——. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1990.
——. *Curso de Direito Constitucional*, 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
——. *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1995.
——. *O Poder Constituinte*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1985.
——. "Os Direitos Fundamentais. Problemas Jurídicos, Particularmente em Face da Constituição Brasileira de 1988", *in: Revista de Direito Administrativo* nº 203 (1996), p. 1 e ss.
——. "Significação e Alcance das Cláusulas Pétreas", *in: Revista de Direito Administrativo* nº 202 (1995), p. 11 e ss.
FIELITZ, Helmuth Schulze, "Kernelemente des Rechststaasprinzips", *in*: DREIER, Horst (Org), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas Públicas e a Realização dos Direitos Sociais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
——. *Direito à Saúde*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
FIORANELLI JÚNIOR, Adelmo. "Desenvolvimento e Efetividade dos Direitos Sociais", *in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* nº 41 (1994), p. 14 e ss.
FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social. Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
FOSSATI, Gustavo Schneider. *Die sozialstaatliche und freiheitsschonende Dimension des Leistungsfähigkeitsgrundsatzes im Umsatzsteuerrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2013.
FRANÇA, Phillip Gil. *O Controle da Administração Pública*. Tutela Jurisdicional, Regulação Econômica e Desenvolvimento. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
FRANCISCO, José Carlos. "Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais", *in*: TAVERES, A. R. et al (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*, São Paulo: Método, 2005.
FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
FREITAS, Juarez. *As Grandes Linhas da Filosofia do Direito*, Caxias do Sul: EDUCS, 1986.
——. *A Interpretação Sistemática do Direito*, São Paulo: Malheiros, 1995.
——. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
——. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
——. "Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional", *in: AJURIS* nº 76 (1999), p. 397-408.
——. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
——. "O Estado, a Responsabilidade Extracontratual e o Princípio da Proporcionalidade", *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: Anuário 2004/2005 – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 179 e ss.
——. "Responsabilidade objetiva do Estado, proporcionalidade e precaução", *in*: *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, vol. 31, 2006.
——. *Sustentabilidade*. Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
FREITAS, Tiago Fidalgo de. "O Princípio da Proibição de Retrocesso Social", *in*: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, vol II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 783-850.
FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: RT, 2000.

FRIEDRICH, Carl J. *Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive*, Berlin-Göttingen-Heidelberg: Springer-Verlag, 1955.
FRIESENHAHN, Ernst. "Der Wandel des Grundrechtsverständnisses", *in: Verhandlungen des fünfzigsten deutschen Juristentages*, vol. II, München: C. H. Beck, 1974, G 1 e ss.
FUSTER, Blanca Martínez de Vallejo. "Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales. Del Análisis del Carácter Fundamental de los Derechos Humanos a la Distinción Conceptual", *in:* J. Ballesteros (Org.), *Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Madrid: Ed. Tecnos, 1992, p. 42 e ss.
GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais*: Análise de sua Concretização Constitucional, Curitiba: Juruá, 2003.
GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: Direitos não Nascem em Árvores, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
——. "O Custo dos Direitos", *in*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-250.
GALDINO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
——. "A Reforma do Judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal", *in*: *Cena Internacional* Ano 7, nº 1, 2005, p. 1-22.
GALLWAS, Hans-Ullrich. *Grundrechte*, 2. ed., Neuwied-Kriftel-Berlin: Luchterhand, 1995.
GALUPPO, Marcelo Campos, "O que são direitos fundamentais?", *in*: SAMPAIO, José Adércio (Org), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-39.
GARCIA, Emerson. "O direito à educação e suas perspectivas de efetividade", *in*: GARCIA, Emerson (Coord). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 199-54.
GARCIA, Maria. *Desobediência Civil. Direito Fundamental*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
GAY, Laurence. "L'accès au logement en France et en Afrique du Sud: perspectives constitutionnelles et politiques compares", *in*: CHÉROT, Jean-Yves; REENEN, Tobias (Dir.), *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2005, p. 203-222.
GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A Busca de uma Exegese Emancipatória*, São Paulo: RT, 2002.
GEDIEL, José Antônio Peres. "A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador", *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 149-164.
GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
——. "O direito ao fornecimento estatal de medicamentos", *in*: GARCIA, Emerson (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 255-84.
GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os Direitos Fundamentais Atípicos*. Lisboa: Editorial Notícias, 1995.
GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
——. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo: RT, 1988.
——. "Realismo e Utopia Constitucional", *in*: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.), *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 117-126.
GRIMM, Dieter. "Grundrechte und soziale Wirklichkeit", *in:* W. Hassemer/W. Hoffmann-Riem/J. Limbach (Org). *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden: Nomos, 1982.
——. *Die Zukunft der Verfassung*, 2. ed., Fankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994.
——. "A função protetiva do Estado", *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

——. "Direitos Fundamentais: Teoria e Realidade Normativa", *in: Revista dos Tribunais* nº 713 (1995), p. 45 e ss.
GUERRA, Sidney. *Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.
HÄBERLE, Peter. "Das Bundesverfassunsggericht im Leistungsstaat. Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18.7.1972", *in: DÖV* 1972, S. 729 ff.
——. "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft", *in:* J. Isensee-P. Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg: C. F. Müller, 1987.
——. "Grundrechte im Leistungsstaat", *in: VVDStRL* nº 30 (1972), p. 43 e ss.
HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
HACHEN, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais, *in*: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Ano 15, nº 59, p. 63-91, jan./mar. 2015.
——. Mínimo Existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.), *Direito Público no Mercosul*: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 205-240.
——.*Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais*. Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese de Doutorado. Curitiba. UFPR, 2014.
——. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013
HAVERKATE, *Görg. Verfassungslehre*, München: C. H. Beck, 1992.
HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Federal Constitucional e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
——. "Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil", *in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* nº 16 (1999), p. 111-125.
HEINEGG, Wolff Heintschel von; HALTERN, Ulrich. "Grundrechte als Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat", *in: JA* 1995, p. 333 e ss.
HENRIQUES, Fátima Vieira, "Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional", *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 827-858.
HERRERA, Carlos Miguel. *Les Droits Sociaux*. Paris: PUF, 2009.
HERRERA-FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales – crítica del humanismo abstracto*, Madrid: Los libros de catarata, 2005.
HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Fabris, 1991.
——. "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland", *in: EuGRZ* 1978, p. 427 e ss.
——. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1995.
HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos*, 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*, Trad: Rafael Sevilla, Barcelona: Gedisa, 2000.
HÖFLING, Wolfram. "Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 GG", *in:* M. Sachs (Org.). *Grundgesetz – Kommentar*, München: C. H. Beck,1996.
——. "Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt", *in: JA* 1995, p. 431 e ss.
HOFFMANN, Hasso. "Die Grundrechte 1789 – 1949 – 1989", *in: NJW* 1989, p. 3.177 e ss.
—— "Grundpflichten und Grundrechte", *in*: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, Heidelberg: C.F. Mülller, 1992.
HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost Of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London: W. W. Norton & Company, 1999.
HONG, Seon-Bang. *Soziale Rechte auf der Verfassungsebene und auf der gesetzlichen Ebene*, Köln: Jur. Diss. 1986.
HORTA, Raul Machado, "Conceituação de Direitos Individuais", *in:* Themistocles Brandão Cavalcanti (Org), *Estudos sobre a Constituição de 1967.*, Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1968.
——. "Constituição e Direitos Individuais", *in: Revista de Informação Legislativa* nº 79 (1983), p. 147 e ss.

——. "Natureza, Limitações e Tendências da Revisão Constitucional", *in: Revista Brasileira de Estudos Políticos* nº 78-79 (1994), p. 7 e ss.
HUBER, Hans. "Soziale Verfassungsrechte?", *in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Staat*, Zürich: Polygrafischer Verlag, 1948.
IMBERT, Pierre-Henri. "Los Derechos Humanos en la Actualidad", *in:* A. E. Pérez Luño (Org). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996.
ISENSEE, Josef. "Verfassung ohne soziale Grundrechte", *in: Der Staat* nº 19 (1980), p. 367 e ss.
JACOBS, Nicolas, "La portée juridique des droits économiques, socias et culturels", *in*: Revue Belge de Droit International, vol. XXXII, 1999/1, Bruxelles: Ed. Bruyant.
JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
JAYME, Erik e NEUSS, Jobst Joachim. *Wörterbuch der Rechts-undwirtschaftssprache*. Munique: Ed. C. H. Beck, 1990.
JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución* (tradução de Christian Förster), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3. ed., München: C. H. Beck, 1995.
——. "Funktionen und Dimensionen der Grundrechte", *in*: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. II, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 625-654.
JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
JOBIM, Nelson. "Parecer nº 49 – Art. 60 (Reforma Constitucional)", *in: Relatoria da Revisão Constitucional (Pareceres produzidos)*, vol II, Brasília, 1994, p. 421 e ss.
JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. Salvador: Editora Podivm, 2008.
JUAN, Stéphanie. "L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé: droit individual ou collectif?", *in*: *Revue du Droit Public et del la Science Politique en France et à L'Étranger* nº 2/2006, p. 439-457.
KANT, Immanuel, "Fundamentos da Metafísica dos Costumes", *in*: *Os Pensadores – Kant (II)*, Tradução de Paulo Quintella. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
KATZENSTEIN, Dietrich, "Die bisherige Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigenyumsschutz sozialrechtlicher Positionen", *in*: BRANDT, W; GOLLWItzer, h; henschel, j.f. (Org), *Ein Richter, ein Bürger, ein Christ – Festschrift für Helmut Simon*. Baden-Baden: Nomos, 1987.
KELBERT, Fabiana Okchstein Kelbert. *Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
KIM, Richard Pae. "Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos". In: KIM, ——, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (Coords.). *Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos. Questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: Verbatim/UNIMEP, 2012, p. 11-24.
KISCHEL, Uwe, "Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz", *in*: *AÖR* 124 (1999), p. 174-211.
KIRCHHOF, Paul. "Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten", *in:* J. Isensee-P. Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg: C. F. Müller, 1987.
KITTNER, Michael. "Anmerkungen zu Art. 20 Abs. 1 – 3 GG", *in:* R. Wassermann (Org.). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar)*, vol. I, 2. ed., Neuwied: Luchterhand, 1989.
KLOEPFER, Michael. "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde", *in*: *BVerfG und GG* II, 1976, p. 405 e ss.
——. "Einrichtungsgarantien", *in*: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. II, Heidelberg: C. F. Müller, 2006, p. 921-962.
KOKOTT, Juliane. "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken", *in*: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. II, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 853-907.
KÖNEMANN, Britta. *Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum. Zum Einfluss von Menschenwürde und Sozialstaatsprinzi auf die Sozialhilfe*, Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2005.

KORINEK, Karl. "Bedeutung der Grundrechte", *in: EuGRZ* 1978, p. 489 e ss.
KRAUSE, Peter. "Die Entwicklung der sozialen Grundrechte", *in*: G. Birtsch (Org.). *Grund-und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981, p. 402 e ss.
KREBS, Walter. "Freiheitsschutz durch Grundrechte", *in: JURA* 1988, p. 617 e ss.
KRELL, Andreas. "Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais", *in:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
——. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*, Porto Alegre: Fabris, 2002.
KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*, 5. ed., Opladen: Westdeutscher Verlag, 1994.
——. "Zur Geschichte der Grund-und Menschenrechte", *in:* N. Achterberg (Org.), *Öffentliches Recht und Politik – Festschrift für Hans Ulrich Scupin*, Berlin: Duncker & Humblot, p. 187 e ss.
KUNIG, Phlip. "Anmerkungen zu Art. 1 GG", *in:* Ingo von Münch / Philip Kunig (Org.), *Grundgesetz--Kommentar*, vol. I, 4. ed., München: C. H. Beck, 1992.
LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri, "Mínimo Existencial versus Mínimo Vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle judicial de políticas públicas", ALEXY, Robert... *et. al.* (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Civis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha.* Joaçaba: UNOESC, 2013, p. 543-584.
LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
——. *Estado, Administração Pública e Sociedade*: Novos Paradigmas, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
——. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais.* Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
——. "O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: Possibilidades Materiais", *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: Anuário 2004/2005 – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS).* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 157 e ss.
——; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.), *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos.* Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
LEAL, Roger Stifelman, Direitos sociais e vulgarização da noção de direitos fundamentais. Artigo extraído da página do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.
LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetivação no âmbito da democracia participativa.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LEISNER, Walter, "Eigentum", ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublick Deutschland, vol. VI,* Heidelberg: C. F. Müller, 1992.
——. *Der Abwägungsstaat – Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?* Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
——. *Existenzsichening in öffendlichen recht.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
LEITE, George Salomão (Org), *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003.
LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
LERCHE, Peter. "Das Bundesverfassungericht und die Verfassungsdirektiven", *in: AÖR* n° 90 (1965), p. 341 e ss.
——. "Grundrechtsschranken", *in*: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* vol. V, 3. ed. Heidelberg: Müller, 2007.
LIMA, Francisco Gérson Marques de. "Os Deveres Constitucionais: o Cidadão Responsável", *in*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords.), *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 140-187.
LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
LIMBERGER, Temis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LLORENTE, Francisco Rubio (Org). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Barcelona: Ariel.
——. "Los deberes constitucionales (1)", *in*: *REDC* n° 62 (2001), p. 11-56.
LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Exame de DNA e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana", *in*: *Notícia do Direito Brasileiro* n° 7 (2000), p. 363 e ss.
LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*, 2. ed., Barcelona: Ariel, 1976.
LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.
LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. *A Força Normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Emenda Constitucional n° 45/2004*, disponível em: http://wwwl.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157.
LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e Prática*, São Paulo: Método, 2006.
——. "Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito", *in:* José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994.
LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, São Paulo: RT, 1993.
LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra: Coimbra, 1995.
——. "O Direito à Identidade Genética do Ser Humano", *in: Portugal-Brasil Ano 2000.* Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, p. 263-389.
——. "Direito à (Protecção da) Saúde", *in*: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário de seu Nascimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 657-692.
——. *Adeus ao Estado Social.* Coimbra: Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 2010.
——. "Genética, moinhos e gigantes: Quixote revisitado. Deveres fundamentais, "sociedade de risco" e biomedicina", *in*: BARREIRO, Agustín Jorge (Ed.). *Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Número Extraordinário, Madrid: Universidad Autónoma/Boletin Oficial del Estado, p. 29-48.
LÜCKE, Jörg. "Anmerkungen zu Art. 79 GG", *in:* M. Sachs (Org.). *Grundgesetz – Kommentar*, München: C. H. Beck, 1996.
——. "Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge", *in: AÖR* n° 107 (1982), p. 16 e ss.
LUNARDI, Soraya (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.
LUÑO, Antonio-Enrique. "La positividad de los derechos humanos en El marco constitucional", *in*: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (Coord.). *Uma homenagem aos 20 anos de Constituição Brasileira.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 129-156.
MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2005.
MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra: Coimbra, 2002.
MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Directo Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
MAGALHÃES, José Luis Quadros de. "Os Direitos Individuais", *in: Revista de Informação Legislativa* n° 99 (1988), p. 127 e ss.
MAGANO, Otávio Bueno. "Revisão Constitucional", *in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n° 7 (1994), p. 108 e ss.
MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*, Porto Alegre: Fabris, 2001.
MANGOLDT, Hermann von/KLEIN, Friedrich/STARCK, Christian. *Das Bonner Grundgesetz*, vol. I, 3. ed., München: Franz Vahlen, 1985.
MANSSEN, Gerrit. *Staatsrecht I Grundrechtsdogmatik*, München: Verlag Franz Vahlen, 1995.
MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde (arts. 83 e 84, CDC)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
MARINHO, Josaphat. "Uma Perspectiva da Nova Constituição Brasileira", *in: Revista Forense* n° 304 (1988), p. 101 e ss.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

——. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
——. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.
MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
——. "O novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a Drittwirkung no Brasil", *in*: *Revista de Direito do Consumidor* nº 61, jan.-mar./2007, p. 40-75.
MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo*: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
MARTENS, Wolfgang. "Grundrechte im Leistungsstaat", *in: VVDStRL* nº 30 (1972), p. 7 e ss.
MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo: RT, 2002.
——. "Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil", *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
MARTINS, Leonardo. "Do vínculo do Poder Judiciário aos Direitos Fundamentais e suas Implicações Práticas", *in*: *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, ano 5, nº 2, julho/dezembro 2004, p. 89-127.
MARTINS, Maria D'Oliveira. *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*. Coimbra: Almedina, 2007.
MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. "A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico", *in*: GARCIA, Emerson (Coord). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 379-424.
MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais.Conceito, Função e Tipos*, São Paulo: RT, 2003.
MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid: Ed. Civitas, 1988.
MARTÍNEZ, Fernando Rey. *La Propriedad Privada e n la Constitutión Española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
MAUÉS, Antonio G. Moreira. "Legitimidade da Justiça Constitucional: reflexões sobre o caso brasileiro", *in*: SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 114-122.
MAUNZ, Theodor. "Anmerkungen zu Art. 6 und 79 GG", *in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar*, vol. III, München: C. H. Beck, 1994.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
——. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. São Paulo: RT, 2009.
——. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2014.
——; ZIPPELIUS, Reinholdt. *Deutsches Staatsrecht*, 29. ed., München: C. H. Beck, 1994.
MAURER, Harmut, "Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz", *in*: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, Heidelberg: C. F. Müller, 1989.
MAXIMILIANO, Carlos. *Commentérios à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.
——. *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III, 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
——. "O novo § 3° do Art. 5° da Constituição e sua Eficácia", *in*: *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul* v. 32 nº 98 (2005).
MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente. Direito e Dever Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
——. *Direitos dos Animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
——; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETTERLE, Selma Rodigues. *Animais não-humanos e a vedação de crueldade*: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural, Canoas: UnilaSalle Editora, 2017.

MEDEIROS, Rui, "O Estado de Direitos Fundamentais Português: Alcance, Limites e Desafios", *in*: *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II, 2002, Coimbra: Coimbra Editora, p. 23-43.
MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: Editora Podivm, 2008.
MELGARÈ, Plínio. "Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais", *in*: *Revista de Informação Legislativa*, nº 154, abril/junho 2002, p. 71-92.
MELLO, Celso Albuquerque. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal", *in:* TORRES, Ricardo Lobo (Org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-33.
——. *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, 7. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.
MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1998.
——. "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social", *in: Revista de Direito Público* nº 57-58 (1981), p. 233 e ss.
——. *Curso de Direito Administrativo*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
MELLO, Cláudio Ari. "Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito", *in*: *Revista de Direito Administrativo (RDA)* nº 224 (2001), p. 242 e ss.
——. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
——. "Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade", *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
——. "Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo", *in*: MELLO, Cláudio Ari (Coord), *Os desafios dos direitos sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 105-138.
MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998.
——. "A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro", *in: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 3 (1993), p. 21 e ss.
——. "Os Direitos Individuais e suas Limitações: breves reflexões", *in*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
——. "Limites da Revisão: Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade. Possibilidade Jurídica de sua Superação", *in: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)* nº 60 (1994), p. 249 e ss.
——. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
——. "Plebiscito – EC 2/92 (Parecer)", *in: Revista Trimestral de Direito Público* nº 7 (1994), p. 104 e ss.
——; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva - Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007.
MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. A *Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
MENDONÇA, José Vicente dos Santos. "Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo", *in*: BINENBOJM, Gustavo (coord). *Direitos Fundamentais – Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 205-236.
MILLER, Jonathan M.; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana. *Constitución y Derechos Humanos – Jurisprudencia Nacional e Internacional y Técnicas para su Interpretación*, vol. I, Buenos Aires: Astrea, 1991.
MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição de retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil*. Uma análise hermenêutica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.
MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. "O Direito do Consumidor como Direito Fundamental: Conseqüências Jurídicas de um Conceito", *in*: *Revista de Direito do Consumidor* nº 43 (2003), p. 111 e ss.
MIRANDA, Jorge. "A Recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa – Um Fenômeno de Conjugação de Direito Internacional e Direito Constitucional", *in: Revista de Direito Administrativo* nº 199 (1995), p. 1 e ss.

——. "Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa", *in: Revista de Direito Público* nº 82 (1987), p. 5 e ss.
——. *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1988.
——. *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1993.
——. "Os Direitos Fundamentais – Sua Dimensão Individual e Social", *in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 1 (1992), p. 198 e ss.
——. "Transição Constitucional e Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos", *in: Revista de Direito Público* nº 80 (1987), p. 245 e ss.
——; MEDEIROS, Rui. *Constitutição portuguesa anotada.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda nº 1 de 1969)*, vol. I, 2. ed., São Paulo: RT, 1970.
——. *Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda nº 1 de 1969)*, vol. III, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.
——. *Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda nº 1 de 1969)*, vol. IV, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.
MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
——. *Processo Civil e Estado Constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
——. *Precedentes. Da Persuasão à Vinculação.* 2ª ed., São Paulo: RT, 2017.
MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coord.), *Direito do Estado – Novos Rumos*, Tomo 1, São Paulo: Max Limonad, 2001.
MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental. Proibição de Retrocesso*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MORANGE, Jean. *Droits de L'Homme et Libertés Publiques*, 3. ed., Paris: PUF, 1995.
MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais.* São Paulo: Ed. Atlas, 1998.
MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: LTr, 1997.
MORAES, Maria Celina Bodin de. "O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo", *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na Ordem Contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
——. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 241 p.
MOREIRA, Isabel. *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa.* Coimbra: Almedina, 2007.
MOREIRA, Vital. *Constituição e Revisão Constitucional*, Lisboa: Editorial Caminho, 1980.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Transição Constitucional", *in: Revista Forense* nº 304 (1988), p. 63 e ss.
MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*, São Paulo: Max Limonad, 2001.
——. *Jurisdição Constitucional como Democracia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3. ed., Coimbra: Coimbra, 1992.
MOTA PINTO, Paulo. "O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade", *in: Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1999, p. 149-246.
——. "Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro", *in: Revista da AJURIS*, nº 96, Dez. 2004, p. 407-438.
——. "Sobre a alegada "superação" do Direito pela análise econômica", *in*: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *O Direito e o Futuro e o Futuro do Direito.* Coimbra: Almedina, 2008, p. 169-212.
MÜLLER, Friedrich; PIEROTH, Bodo; FOHMANN, Lothar. *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1982.
MÜLLER, Jörg Paul. *Soziale Grundrechte in der Verfassung?* 2. ed., Basel-Frankfurt a.M.: Helbing & Lichtenhahn, 1981.
MÜNCH, Ingo von. *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 4. ed., München, 1992.

MURSWIEK, Dietrich. "Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte", *in:* J. Isensee-P. Kirchhof (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, p. 243 e ss.
MUTIUS, Albert von. "Grundrechte als 'Teilhaberechte' – zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des 'numerus clausus', *in: VerwArch.* 1973, p. 183 e ss.
NABAIS, José Casalta. "Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa", *in: Boletim do Ministério da Justiça* nº 400 (1990), p. 15 e ss.
——. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
——. *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1990.
——. *Estudos de Direito Fiscal*: por um Estado Fiscal Suportável, Coimbra: Almedina, 2005.
——. "Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais", *in: AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora.* Coimbra: Coimbra, 1995, p. 965-1004.
——. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais.* Coimbra: Coimbra, 2007.
NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. "A Eficácia Constitucional dos Direitos Sociais", *in: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região* nº 38 (1987), p. 45 e ss.
NIPPERDEY, Hans Carl. "Die Würde des Menschen", *in*: F. L. Neumann-H.C.Nipperdey-U. Scheuner (Org.), *Die Grundrechte*, vol. II, Berlin: Duncker & Humblot, 1954.
NEUMANN, Gerald L. "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", *in: Stanford Law Review*, vol. 55, maio 2003, p. 1863-1900.
NEUMANN, Volker. "Menschenwürde und Existenzminimum", *in: NVwZ* 1995, p. 426 e ss.
NEUNER, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat.* München: C. H. Beck, 1999.
——. "Los Derechos Humanos Sociales", *in*: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional* nº 9 (2005), p. 239 e ss.
——. "O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental", *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 247-271.
NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo: Acadêmica, 1994.
NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à Moradia.* São Paulo: Editora Pillares, 2008.
NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais. Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra, 2006.
——. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa.* Coimbra: Coimbra, 2004.
——. *Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
——. *Direitos Sociais.* Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Wolters Kluver e Coimbra Editora, 2010.
NOVELLI, Flávio Bauer. "Norma Constitucional Inconstitucional? A Propósito do Art. 2º. § 2º, da EC nº 3/93", *in: Revista Forense* nº 330 (1995), p. 63 e ss.
NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *O Direito e o Futuro e o Futuro do Direito.* Coimbra: Almedina, 2008.
NUNES, José Avelãs. *Neoliberalismo & Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
——; SCAFF, Fernando Facury Scaff. *Os Tribunais e o Direito à Saúde.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 2002.
OLIVEIRA, Almir de. "Direito Constitucional Brasileiro e Direitos Humanos", *in: Revista de Informação Legislativa* nº 79 (1983), S. 179 ff.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais", *in: Revista de Processo Civil* nº 26, p. 653 e ss.
——. "O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais", *in*: OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. *Processo e Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 2 e ss.
OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catonni de. "Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual Jurisdicional dos Direitos Fundamentais", *in*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catonni de. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189 e ss.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.
OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). *Constituição e Estado Social: os Obstáculos à Concretização da Constituição*. Coimbra e São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008.
OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
PAGANI, Elaine Adelina. *O Direito de Propriedade e o Direito à Moradia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.
PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e Direito Internacional. Cedências Possíveis*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
——. *A constituição Européia como Signo*: da Superação dos Dogmas do Estado Nacional, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais. Reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
——. "Do Conteúdo e Fundamentalidade do Direito à Moradia", *in*: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). *Constituição e Estado Social: os Obstáculos à Concretização da Constituição*. Coimbra e São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 111-136.
PAPIER, Hans-Jürgen. "Anmerkungen zu Art. 14 GG", *in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar*, vol. II, München: C. H. Beck, 1994.
——. "Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht", *in*: MAYDELL, Bernd Baron von; RULAND, Franz (Org.), *Sozialrechtshanbuch*, 2. ed., Neuwied/Berlin: Luchterhand, 1996.
PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. "A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos, Liberdades e Garantias", *in: Documentação e Direito Comparado* nº 33-34 (1988), p. 474 e ss.
PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico*: uma introdução à Interpretação Sistemática do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
PAULA, Felipe de. *A (De)Limitação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição Viva. Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
——. "Evolução de direitos e garantias fundamentais e vedação de retrocesso: uma abordagem da jurisprudência do STF nos vinte anos da Constituição Brasileira", *in*: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (Coord.). *Uma homenagem aos 20 anos de Constituição Brasileira*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 173-205.
PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995.
——. "Las Generaciones de Derechos Humanos", *in: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 10 (1991), p. 203 e ss.
——. *Los Derechos Fundamentales*, 6. ed., Madrid: Tecnos, 1995.
——. "Derechos Humanos y Constitucionalismo e n la Actualidad", *in*: Antonio Enrique Pérez Luño (Org), *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Madrid: Marcial Pons, 1996.
PESSOA, Fernando. *O Eu Profundo e os Outros Eus*, 23. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
PETTER, Lafayete Josué, *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
PETTERLE, Selma Rodrigues. *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
PIEROTH, Bodo. "Geschichte der Grundrechte", *in: JURA* 1984, p. 568 e ss.
——; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte, Staatsrecht II*, 11. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1995.
PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2001.
PINILLA, Ignácio Ara. *Las Transformaciones de los Derechos Humanos*, Madrid: Tecnos, 1994.
PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

——. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação*: uma perspectiva constitucional, Belo Horizonte: Fórum, 2013.
PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.
——. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
PIOVESAN, Flávia. "Constituição e Transformação Social: A Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas e a Concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais", *in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* nº 37 (1992), p. 63 e ss.
——. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Ed. Max Limonad, 1996.
——. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, São Paulo: RT, 1995.
——. "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos", *in*: TAVARES, A. R. *et al* (Coord.). *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo: Método, 2005.
PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra: Coimbra, 1997.
PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho em (de) construcción*. Barcelona: Içaria Editorial, 2003.
——. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción, Madrid: Trotta, 2006.
——; CABO DE LA VEGA, Antonio de (Dir.). *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*. Madrid: Trotta, 2006.
PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde*: Regime Jurídico, políticas públicas e controle judicial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
PODLECH, "Anmerkungen zu Art. 1 Abs. I GG", *in*: R. Wassermann (Org.), *Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar)*, vol. I, 2. ed., Ed. Luchterhand, Neuwied, 1989.
PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*, São Paulo: RCS, 2005.
PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. (Orgs.) *Tendências Constitucionais no Direito de Família. Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
PRESNO LINERA, Miguel. "La estructua de las normas de derechos fundamentales", *in*: BASTIDA FREIJEDO, Franciso J; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUES, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALAÉZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Teoría General de los Derechos FUndamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 45-56.
QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra: Coimbra, 2002.
——. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
——. *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*, Coimbra: Coimbra, 2006.
RAMM, Thilo. "Der Wandel der Grundrechte und der freiheitliche soziale Rechtsstaat", *in: JZ* 1972, p. 17 e ss.
RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
——. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
——. "O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos", *in*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3-36.
RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antonio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Orgs.), *Diálogos sobre Direito Civil. Construindo a Racionalidade Contemporânea*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2003.

RANIERI, Nina. "Direito ao Desenvolvimento e Direito a Educação. Relações de realização e tutela". *in: CDCCP* nº 6 (1994), p. 124 e ss.
——. *Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.
RAWLS, John. *O Liberalismo Político*, 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*, Trad. Sandra Regina Martini Vial (Coord.), Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
——. *Direito Internacional Público*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. "O permanente reconhecimento dos direitos fundamentais", *in*: AJURIS nº 79 (2000), p. 96-108.
RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Direito Educacional.* Educação Básica e Federalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
RIBOLI, Cesar. *O Direito Fundamental à Saúde e os Limites Materiais do Estado.* Frederico Westphalen: URI, 2013.
RIDDER, Helmut. "Anmerkungen zu Art. 79 GG", *in:* R. Wassermann (Org). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublick Deutschland (Alternativkommentar)*, vol. II, 2. ed.., Neuwied: Luchterhand, 1989.
RIEDEL, Eibe. "Menschenrechte der dritten Dimension", *in: EUGRZ* 1989, p. 9 e ss.
RIEDMÜLLER, Bernd; RODENSTEIN, Martin (Org), *Wie sicher ist die soziale Sicherheit*? Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.
RITT, Eduardo. *O Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. "Constituição e Mudança Constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional", *in: Revista de Informação Legislativa* nº 120 (1993), p.159 e ss.
——. "Revisão Constitucional e Plebiscito", *in: OAB Estudos Constitucionais – Simpósio sobre Revisão e Plebiscito*, Brasília, 1992.
——. "O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social", *in: Interesse Público* nº 4 (1999), p. 23-48.
——."Reforma total da Constituição: remédio ou suicídio constitucional?", *in*: SAMPAIO, José Adércio (Org), *Crise e Desafios da Constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 147-175.
ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. "Direitos Fundamentais na Constituição de 1988", *in:* MORAES, Alexandre (Coord), *Os 10 Anos da Constituição Federal – temas diversos.* São Paulo: Atlas, 1998, p. 267-280.
ROCHA, Márcio Oliveira. *Ativismo Judicial e Direito à Saúde.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
ROIG, Rafael de Asis. *Deberes y Obligaciones en la Constitucion*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
ROMITA, Sayão Arion. "Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira", *in: Revista de Direito do Trabalho* nº 73 (1988), p.70 e ss.
——. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, São Paulo: LTr, 2005.
ROSA, Alexandre Morais da, "O giro econômico do Direito ou o novo e sofisticado caminho da servidão: para uma nova gramática do direito democrático no Século XXI", *in*: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *O Direito e o Futuro e o Futuro do Direito.* Coimbra: Almedina, 2008, p. 223-234.
ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*, Goiânia: Editora da UNB, 1997.
ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
ROTHENBURG, Walter Claudius. "Confrontos Teóricos e Práticos da Declaração Universal dos Direitos Humanos," *in*: 2º Congresso Latino-Americano de Direito, Marília: UNIMAR, 2000, p. 173-86.
—— "Princípio da Proporcionalidade", *in*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Org.). *Princípios Processuais Civis na Constituição.* São Paulo: Elsevier, 2008, p. 283-319.
——. "Direitos Fundamentais e suas características", *in*: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 29, p. 55-65.
——. *Direitos Fundamentais.* São Paulo: Método, 2014.

ROUSSEAU, Dominique, *Les libertes individuelles et la dignité de la personne.* Paris: Montchrestien, 1998.
ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*, 20ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
RÜFNER, Wolfgang. "Grundrechtliche Leistungsansprüche", *in:* Gitter-Thieme-Zacher (Org.). *Im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag*, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1981, p. 379 e ss.
RUPP, Hans Heinrich, *in: JZ* 1971
——. "Vom Wandel der Grundrechte", *in: AÖR* nº 101 (1976), p. 161 e ss.
——. "Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz", *in*: *JZ* 2005, p. 157-160.
RUSCHEL, Ruy Ruben. "A Eficácia dos Direitos Sociais", *in: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)* nº 58 (1993), p. 291 e ss.
——. *Direito Público em Tempos de Crise*, Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1997.
RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.
——. "Das Normas Constitucionais Programáticas", *in: P. Bonavides u.a. As Tendências Atuais do Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 269 e ss
——. "Direitos Sociais e o Direito à Educação", *in: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 5 (1986), p.19 e ss.
SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
SABBAG, César. *Orçamento e Desenvolvimento. Recurso Público e Dignidade Humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas*, Campinas: Millenium, 2006.
SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
SACHS, Michael. "Anmerkungen zu Art. GG", *in:* SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz – Kommentar*, München: C. H. Beck, 1996.
——. "Vorbmerkungen zu Abschnitt 1", *in:* SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz – Kommentar*, München: C. H. Beck, 1996.
——. "Das Rechtsstaatsprinzip", *in*: SACHS, Michael (Org), *Grundgesetz-Kommentar.* München: C. H. Beck, 1996.
SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*, vol. II, Buenos Aires: Astrea, 1993.
SALCEDO, Juan Antonio Carrilo Salcedo, *Soberania de los Estados y Derechos Humanos em Derecho Internacional Contemporâneo*, Madrid: Tecnos, 1995.
SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*, São Paulo: RT, 1986.
SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais. Retórica e Historicidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
——. (Coord). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
——. (Coord). *Crise e Desafios da Constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
——. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
SAMPAIO, Marcos. *O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais.* São Paulo: Saraiva, 2013.
SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*, Bahia: Livraria Progresso, 1954.
SANJUÁN, Teresa Freixes. *Constitución y Derechos Fundamentales*, Barcelona: PPU, 1992.
SANTIAGO, José María Rodríguez de. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo.* Madrid: Marcial Pons, 2000.
SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. "Normas Programáticas – Análise Político-Constitucional", *in: Revista de Direito Público* nº 86 (1988), p. 139 e ss.
SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
SARLET, Ingo Wolfgang. *Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz*, Frankfurt: Ed. Peter Lang, 1997.
——. "Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais", *in: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul* nº 66 (1996), p. 85 e ss.
——. (Org). *Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

——. "Direitos Fundamentais e Direito Privado, algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", *in:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.

——. "O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade", *in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* nº 17 (1999), p. 111-132.

——. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

——. "Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988", *in: Revista IP (Interesse Público)* nº 12 (2001), p. 91-107.

——. "Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988", *in*: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 129-173.

——. "O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia", *in*: SAMPAIO, José Adércio (Org), *Crise e Desafios da Constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 415-469.

——. "Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares", *in*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-602.

——. "Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador", *in*: *Revista da AJURIS* nº 107, Setembro de 2007, p. 123-144.

——. "A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos", *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1019-1049.

——. "A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde", *in*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117-148.

——. Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do STF, *in*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal.* Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 687-721.

——; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. "Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações", *in*: *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, Ano 1-nº 1 – Out./Dez. 2007, p. 171-213.

——; ——. "Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988", *in*: *Revista de Direito do Consumidor* nº 67, jul./set. 2008, p. 125-172.

——; LEITE, George Salomão (Orgs.). *Direitos fundamentais e biotecnologia.* São Paulo: Método, 2007.

——; MOLINARO, Carlos Alberto (Coords.). *Democracia-Separação de Poderes.* Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário Brasileiro. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: 2011.

——; TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível".* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

——. "A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais de uma Teoria", *in*: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso Albuquerque (orgs.). *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 63-102.

——. *Direito Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

——. "Direito Adquirido, Emenda Constitucional Democracia e a Reforma da Previdência", *in*: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A Reforma da Previdência Social.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 1-48.

—— (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

——. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", *in*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: Balanço e Crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

——; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 307 p.

——; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1009 p.

——. "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais. Fundamentaos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-551.

——; Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: RT, 2012.

SARTORIUS, Ulrich. *Das Existenzminimum im Recht*, Baden-Baden: Nomos, 2000.

SBROGIO'GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCAFF, Fernando Facury (Org.), *Constitucionalizando Direitos. 15 Anos da Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

——. "Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União-DRU", *in*: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e Direitos Fundamentais.* São Paulo: Dialética, 2004.

——." Controle Público e Social da Atividade Econômica", *in: Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, vol. I. Rio de Janeiro, 1999, p. 925-941.

——. "Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos", *in*: *Revista Interesse Público (RIP)* nº 32 (2005), p. 213 e ss.

——; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *Justiça Constitucional e Tributação.* São Paulo: Dialética, 2005.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais*: do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – uma Proposta de Compreensão, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

——. ——. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein (Org). *A saúde sob os cuidados do direito*, Passo Fundo: UPF, 2003.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica.* Porto Alegre: Fabris, 1999.

SCHLENCKER, Rolf-Ulrich, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, Berlin: Duncker& Humblot, 1986.

SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno; KLEIN, Franz. *Kommentar zum Grundgesetz*, 8. ed., Neuwied/Kriftel/Berlin, 1995.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1928.

SCHNAPP, Friedrich E. "Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt", *in: JuS* 1989, p. 1 e ss.

——. "Soziale Grundrechte aus verfassungsrechtlicher Sicht", *in:* B. von Maydell (Org.). *Soziale Rechte in der EG*, Berlin, 1990, p. 5 e ss.

SCHNEIDER, Hans-Peter. "Peculiaridad y Funcion de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democratico", *in: Revista de Estudios Politicos* nº 7 (1979), p. 7 e ss.

SCHOLLER, Heinrich. "Die Störung des Urlaubsgenusses eines `empfindsamen Menschen' durch einen Behinderten", *in: JZ* 1980, p. 672 e ss.

——. "O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha", *in*: Revista Interesse Público (RIP) nº 2 (1999).

SCHOLZ, Rupert. "Anmerkungen zu Art. 12 GG", *in:* Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, vol. I, München: C. H. Beck, 1994.

SCHULTE, Bernd, "Wie sicher ist die soziale Sicherung? International-vergleichende Perspektive", *in*: RIEDMÜLLER, Bernd; RODENSTEIN, Martin (Org), *Wie sicher ist die soziale Sicherheit?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

——. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEEWALD, Otfried. *Gesundheit als Grundrecht*, Meisenheim-Glan: Athenäum, 1982.

SEGADO, Francisco Fernández. "La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su Interpretación por el Tribunal Constitucional", *in: Revista de Informação Legislativa* nº 121 (1994), p. 69 e ss.
SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*, Trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
SENDLER, Horst. "Teilhaberechte *in* der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts", *in: DÖV* 1978, p. 581 e ss.
SGARBOSSA, Luis Fernando. *Direitos e Garantias Fundamentais Extravagantes*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.
——. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, vol. I. Reserva do Possível, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição*. O caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Forum, 2009.
SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.
——. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed., São Paulo: RT, 1991.
——. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2. ed., São Paulo: RT, 1982.
——. ——, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
SILVA, Luís Virgílio Afonso da. "Ulisses, as Sereias e o Poder Constituinte Derivado", *in: Revista de Direito Administrativo* nº 226 (2001), p. 29 e ss.
SILVA, Manuel Pascoal Dias Pereira da. "Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias", *in: Revista de Direito Público* nº 82 (1987), p. 41 e ss.
SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à Saúde*. O Dilema entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor do Direito. Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra: Almedina, 2002.
SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005.
——. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *in: Revista de Direito do Estado*, nº 4, out./dez. 2006, p. 23-51.
——. "O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais", *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.
——. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *in*: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 607-630.
——. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais, Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2005.
SILVEIRA, José Néri. "A Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade", *in: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)* nº 64 (1995), p. 201 e ss.
SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. "Os vinte anos da Constituição Brasileira: da reserva do possível à proibição de retrocesso social", *in*: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (Coord.). *Uma homenagem aos 20 anos de Constituição Brasileira*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 157-171.
SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *O Poder reformador na Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: RCS Editor, 2006.
SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
SPENGLER, Fabiana Marion. *Alimentos da Ação à Execução*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. "A Revisão Constitucional e suas Limitações", *in: Revista de Informação Legislativa* nº 121 (1994), p. 281 e ss.
SOARES, Mário Lúcio Quintão. "Direitos Fundamentais do Homem nos Textos Constitucionais Brasileiro e Alemão", *in: Revista de Informação Legislativa* nº 115 (1992), p. 85 e ss.
SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales", *in*: *Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4 (2001), p. 105-121.
SORIA, José Martinez. "Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums", *in*: *JZ* 13/2005, p. 644-652.
SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
——; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
——. "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.), *Direitos Sociais. Fundamentaos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-551.
SPAGNOLO, Juliano. "Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana", *in*: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Orgs.). *Tendências Constitucionais no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 141-54.
STARCK, Christian. "Die Grundrechte des Grundgesetzes", *in: JuS* 1981, p. 237 e ss.
——. "Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat", *in: JZ* 1981, p. 457 e ss.
——. "Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?", *in:* C. Starck (Org). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anla des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 480 e ss.
——. "Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte", *in:* Heyde-Starck (Org). *40 Jahre Grundgesetz*, München: C. H. Beck, 1990, p. 9 e ss.
STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
——. *Vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
——, "O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do STF e nas interpretações da literatura especializada", *in*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica, 2011, p. 113-130.
STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol I, 2. ed., München: C. H. Beck, 1984.
——. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, München: C. H. Beck, 1988.
——. "Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 III GG für die Grundrechte", *in:* K. Stern. *Der Staats des Grundgesetzes*, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1992. p. 269 e ss.
——. "Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte", *in:* J. Isensee-P. Kirchhof (Org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, Heidelberg: C. F. Müller, p. 5 e ss.
——. "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", *in:* J. Isensee-P. Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, p. 45 e ss.
——. "Die Grundrechte und ihre Schranken", *in*: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Ed.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 1-34.
STRECK, Lenio Luiz. *Constituição – limites e perspectivas da revisão*, Porto Alegre: Ed. Rigel, 1993.
——. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
——. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
——. "Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): de como não há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais", *in*: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* nº 2 (2004), p. 243 e ss.

——. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
——; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
——. "A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas", *in*: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – *E Agora? – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte e Porto Alegre, 2008, p. 273-311.
STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
STÜRMER, Gilberto. *A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
SÜSSEKIND, Arnaldo. "As Normas Internacionais em Face da Constituição", *in:* Arion Sayão Romita (Org.) *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*, vol. II, São Paulo: LTr., 1991, p. 303 e ss.
TÁCITO, Caio. "Os Direitos Fundamentais na Costituição Brasileira de 1988", *in: RDA* nº 178 (1989), p. 1 e ss.
TAVARES, Ana Lúcia Lyra. "A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas", *in: Revista de Informação Legislativa* nº 109 (1991), p. 71 e ss.
TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002.
——. *Teoria da Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
——. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*: (Des)estruturando a Justiça – Comentários Completos à Emenda Constitucional nº 45/04, São Paulo: Saraiva, 2005.
TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord), *A Reforma da Previdência Social. Temas Polêmicos e Aspectos Controvertidos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
——. *Previdência e Assistência Social. Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
TEDESCHI, Sebástian. "El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución", *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, Tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 209-238.
TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
THAMM, Claudia. *Probleme der Verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte – eine historisch-vergleichende Darstellung*. Bielefeld: Jur. Diss., 1989.
THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos Fundamentais & sua Concretização*, Curitiba: Juruá, 2003.
TISCHNER, Józef. "Zur Genese der menschlichen Würde", *in:* E.-W. Böckenförde e R. Spaemann (Org.), *Menschenrechte und Menschenwürde*.
TOMANDL, Theodor. "Der Einbau sozialer Grundrechte *in* das positive Recht", *in: Recht und Staat* nº 337-338, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1967.
TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse. Um confronto em torno da função social*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
TORRES, Ricardo Lobo. "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos", *in:* TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239-336.
——. (Org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
——. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", *in*: *Revista de Direito Administrativo* nº 177 (1989), p. 20-49.
——. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
TORRES, Silvia Faber. "Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: breves considerações e críticas", *in*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 769-792.
TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 2000.
——; DORF, Michael. On Reading the Constitution, Cambridge: Harvard University Press, 1991.
——. *The Invisible Constitution*. Oxford University Press, 2008.

TRINDADE, André (Coord.). *Direito Universitário e Educação Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. "A Questão da Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução e Tendências Atuais", *in: Revista Brasileira de Estudos Políticos* nº 71 (1990), p. 7 e ss.
——. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília: Ed. UnB, 1981.
——. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre: Fabris, 1997.
TRUYOL, Antonio. *Los Derechos Humanos*, Madrid: Tecnos, 1968.
TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2008.
UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
UPRIMNY, Rodrigo; GUARNIZO, Diana. "Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana", *in*: *Direitos Fundamentas & Justiça* nº 3, Abr./Jun. 2008, p. 37-64.
VAZ, Manuel Afonso. *Lei e Reserva da Lei*, Porto, 1992.
VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid: Tecnos, 1995.
VEN, Frans van der. *Soziale Grundrechte*, Köln: J. P. Bachem, 1963.
VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, São Paulo: LTr, 1979.
VIEIRA, José Ribas. "Os Direitos Individuais, Sociais e Coletivos no Brasil, *in: Revista de Informação Legislativa* nº 104 (1989), p. 275 e ss.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
——. *Direitos Fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Malheiros, 2006.
VILLALON, Pedro Cruz. "Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales", *in: Revista Española de Derecho Constitucional* nº 25 (1989), p. 35 e ss.
VILLAR, Gregorio Cámara. "El sistema de los derechos y las libertades fundamentales", *in*: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Madrid: Tecnos, 2005, p. 29-81.
——. Deberes Constitucionales, *in*: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, 5ª ed, Madrid: Tecnos, 2010, p. 430-452.
VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, "Los limites a los derechos fundamentales", *in*: BASTIDA FREIJEDO, Francisco J; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUES, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALAÉZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 120-150.
WALLERATH, Maximilian. "Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums", *in*: *JZ* 2008, p. 157-168.
WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho. Fundamentação e Exigibilidade*. São Paulo: LTR, 2012.
WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana*. Petrópolis: Vozes, 2013.
WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
WEILER, Joseph H. H. *The Constitution of Europe – "Do the new clothes have a n emperor?" and other essays on european integration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa. Uma Pauta de Justificação Penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
——. *Liberdade Religiosa na Constituição. Fundamentalismo. Pluralismo. Crenças. Cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
WENDT, Rudolf, "Anmerkungen zu Art. 14 GG", *in*: SACHS, Michael (Org), *Grundgesetz-Kommentar*, München: C. H. Beck, 1996.
WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*, São Paulo: Malheiros, 1999.

WIEGAND, Dietrich. "Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte", *in: DVBL.* 1974, p. 657 e ss.
WILDHABER, Luzius. "Soziale Grundrechte", *in:* P. Saladin und L. Wildhaber (Org.), *Der Staat als Aufgabe*, Gedenkschrift für Max Imboden, 1972, p. 371 e ss.
WIPFELDER, Hans-Jürgen. "Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte", *in: ZRP* 1986, p. 140 e ss.
WOLKMER, Antonio Carlos. "Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades", *in*: Revista de Informação Legislativa nº 122 (1994), p. 278 e ss.
——. "Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos", *in*: WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org). *Os "Novos" Direitos no Brasil: natureza e perspectivas*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-30.
YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Ed.). *Litigating Health Rights*. Can Courts bring more justice to health? Cambridge: Harvard University Press, 2010.
ZACHER, Hans Friedrich. "Das soziale Staatsziel", *in:* Isensee-Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg: CF Müller, 1987, p. 1045 e ss.
——. *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, München – Wien: Günter Olzog Verlag, 1968.
ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, 3. ed., Madrid: Trotta, 1999.
ZANETI JÚNIOR, Hermes. "Processo Constitucional: Relações entre Processo e Constituição", *in*: *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul* v. 31 nº 94 (2004), p.105 e ss.
ZOCKUN, Caroline Zancaner. *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*, São Paulo: Malheiros, 2009.
ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*, São Paulo: LTr, 2015.

Índice geral